

# É possível Ser Antikelseniano sem Mentir sobre Kelsen?<sup>1</sup>

**Juan Antonio García Amado\***

*Doutor em Direito pela Universidade de Oviedo-ES e professor Titular da Universidade de Leon-ES.*

## 1. AS RAZÕES DO TÍTULO

Sem dúvida nenhuma, pode-se estar em desacordo com mil e um aspectos da teoria kelseniana do direito. A dita teoria tem impregnado profundamente a maneira de pensar o sistema jurídico e seus elementos, de modo talvez comparável com as teorias de Marx, que têm marcado de múltiplas maneiras o pensamento sobre as relações políticas e econômicas nas sociedades capitalistas. Inclusive os mais aguerridos antimarxistas não podem pensar ou expor tais relações sem concessões à linguagem de Marx e sem se posicionar frente a suas doutrinas. É provável que, por exemplo, a teoria de Kelsen acerca da norma jurídica seja incompleta e não dê conta das peculiaridades e do modo de se aplicar numerosos tipos de normas, ou que sua teoria do sistema jurídico e da validade do direito, com seu rígido formalismo e com autênticos enigmas de complicada interpretação – tais como os da norma fundamental ou da cláusula tácita alternativa – podem e devem ser objeto de reconsideração crítica. Também merecem análise minuciosa e novos enfoques suas oscilantes considerações sobre a relação entre validade e eficácia das normas e dos sistemas jurídicos, sobre a contraposição entre sistemas estáticos e dinâmicos ou sobre as relações lógicas entre as normas jurídicas, além de outros aspectos. Mas, em verdade, o que não se entende facilmente é a frequência com que certa doutrina, muito abundante, introjeta nos postulados de Kelsen afirmações que jamais apareceram em seus escritos; bem ao contrário, tais doutrinas fazem

---

Juan Antonio García Amado. É Possível ser Antikelseniano sem Mentir sobre Kelsen?. Contra o Absoluto. Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da Obra de Hans Kelsen (coords. Andityas Soares de Moura Costa Matos, Arnaldo Bastos Santos Neto). pp. 235 - 283. Curitiba(Brasil): Juruá Editora, 2011.

---

<sup>1</sup> Tradução de Andityas Soares de Moura Costa Matos e Arnaldo Bastos Santos Neto.

da visão jurídica de Kelsen a responsável por consequências que, de modo algum, seguem-se dela ou dos propósitos do autor.

Três são as puras falsidades que, sobre Kelsen, tem-se lido e ouvido em muitas ocasiões: 1) que sua teoria da interpretação e aplicação do direito equipara-se com o positivismo do século XIX da Escola da Exegese ou da Jurisprudência dos Conceitos, dado que Kelsen veria a decisão judicial enquanto mera subsunção dos fatos à norma, fabricada com pleno automatismo e sem ir além da conclusão de silogismos elementares; 2) que Kelsen propugna ou convida à obediência judicial e cidadã ao direito injusto, confundindo obrigação jurídica e obrigação moral em nome do positivismo ideológico; e 3) que a teoria jurídica kelseniana está imbuída de autoritarismo estatista, sendo seu predomínio imputável à atitude de obediência cega e entusiasta que tantos teóricos do direito prestaram às aberrantes ordens do nazismo.

Semelhantes tergiversações, convertidas em lugares comuns nas explicações de tantos jusfilósofos, hão de ter alguma explicação, além do fato indubitável da ignorância de algum professor precipitado, preconceituoso e pouco dado à leitura atenta. A tese que aqui sustentaremos é que as ditas falsificações do pensamento kelseniano e de seus efeitos práticos devem-se a interesses concretos presentes em certos momentos históricos específicos: a República de Weimar, a época do nazismo e o contexto político e jusfilosófico posterior à Segunda Guerra Mundial. Assim, repassaremos brevemente esses três marcos históricos e, posteriormente, analisaremos a falta de fundamento das três citadas falsidades.

## 2. AS ARMADILHAS DA HISTÓRIA: KELSEN NA TEORIA JURÍDICA ALEMÃ

Foi a doutrina alemã do pós-guerra que responsabilizou a teoria de Kelsen pela submissão dos juristas aos ditames normativos do nazismo,<sup>2</sup>

---

2 Fabian Wittreck trata essa imputação de responsabilidade ao positivismo como a “lenda” que constitui “o mito fundante da jusfilosofia alemã ocidental do pós-guerra”. Tais mitos fundantes servem para aglutinar uma disciplina e nela repartir as etiquetas de cientificidade e anticientificidade. No caso alemão, o mito foi o alicerce necessário ao renascimento do jusnaturalismo de base religiosa. Mas a “lenda” da responsabilidade do positivismo pode ser considerada completamente superada pelo exame histórico, já que estudos como os de Rüthers e Rottleuthner demonstraram não só que o nazismo distanciou-se verbalmente do positivismo da maneira mais veemente, negando-lhe toda compatibilidade com o povo ariano, senão que, além disso, as estratégias que sob o nazismo se colocaram em marcha para legitimar seus crimes são indubitavelmente antipositivistas. Cf. WITTRECK, 2008, p. 1 et seq. Outros autores abordam a “fábula” ou o “embuste” do positivismo (*Positivismusmärchen*) para referir-se a essa descomunal tergiversação da realidade histórica. Cf., v.g., RÜTHERS, 2001, p. 93.

alegando a suposta tese kelseniana de que a lei é a lei e como tal deve ser acatada e aplicada pelos operadores do direito, deixando os juristas alemães indefesos diante das aberrações jurídicas do nacional-socialismo. Tratava-se de uma estratégia defensiva, justificativa e de auto-exculpação. Diz-se que o predomínio do kelsenismo na doutrina jurídica da época de Weimar haveria adubado o terreno para que, nos tempos do nazismo, os juristas não pudessem tomar plena consciência da ilegitimidade e da radical injustiça daquelas normas. Mas um mínimo de rigor no exame da situação jurídico-doutrinária presente na República de Weimar e na época de Hitler demonstra, sem margem de erro, que todos esses pressupostos são rigorosamente inexatos, ou seja, são mentiras deliberadas, escusas sem mais razão de ser que o desejo de livrar de responsabilidade autores ou funcionários que, diga-se de passagem, nunca foram kelsenianos; aliás, bem ao contrário.

## 2.1. Kelsen e Weimar

A Constituição de Weimar nasceu e vigorou em um contexto social, político e econômico extremamente complexo.<sup>3</sup> Os alemães dotaram-se de uma Constituição própria de um autêntico Estado de Direito, mas sua doutrina jurídica continuava ligada ao modelo do direito de Estado. A grande contraposição daquele tempo é Estado de Direito *versus* direito de Estado.<sup>4</sup> A chamada Escola Alemã do Direito Público de Gerber, Laband e Jellinek havia realizado um gigantesco esforço para construir uma teoria do Estado adaptada às mudanças históricas e, especialmente, ao declínio do modelo anteriormente vigente nos territórios alemães, de forte marca senhorial e quase feudal. A velha ordem social e política, caracterizada pela forte hierarquia e baseada na supremacia das grandes famílias dirigentes e de grupos nobiliários, tinha que ser substituída por um Estado novo, de base legal, com capacidade e meios pessoais e jurídicos para governar de modo efetivo tanto os territórios que começavam sua industrialização quanto os que vinham sentindo os ecos tardios da Revolução Francesa. Mas essa transição doutrinária foi levada a cabo sem se prescindir do elemento autoritário, pois o Estado era visto enquanto uma instituição

3 Uma magnífica síntese da história política da República de Weimar, com suas dificuldades jurídicas e constitucionais, pode ser lida em WAGNER, 2004, pp. 9-115.

4 Sobre essa contraposição essencial, cf. MÜLLER, 1979, p. 309 *et seq.* e WALTHER, 1989, p. 325 *et seq.*

natural, ou seja, a encarnação da nação, depositário e fonte de todos os poderes. Os atributos outrora associados ao Imperador e aos senhores de cada território foram atribuídos ao Estado e assim ele se legitimou por sua substância, conformando-se à natureza das coisas e à ordem necessária da sociedade por ser resumo e quintessência do sentir de todo um povo. Tal relação entre o Estado, por um lado, e os interesses e sentimentos populares, por outro, não se estabeleceu pelas vias procedimentais da representação política cidadã, mas sim pelo vínculo emotivo e por uma representação de outro tipo, não formal, mas assentada na comunhão do povo com suas instituições, fundada mais na empatia do que na livre contraposição de interesses e programas de governo.

As relações de Direito Público concebem-se como relações entre dois sujeitos diferentes, mas ambos com entidade própria e personalidade plena, ou seja, são seres substanciais e não meramente jurídicos. De um lado há os cidadãos chamados a se relacionar com os poderes públicos a partir de uma vocação para servir ao bem comum. De outro lado, há o Estado tido como ser suprapessoal, emanção e expressão da identidade comunitária. Sendo o Estado considerado enquanto síntese do comum e do comunitário em uma forma pessoal mais alta e supraindividual, sua preeminência nas relações com seus cidadãos se assenta nele próprio. Os cidadãos podem participar na vida e nas decisões do Estado, mas em última instância não são eles, como indivíduos autointeressados, os que se coordenam e que dão sua voz e seu ser ao Estado por intermédio do qual legislam para si mesmos. É o Estado que, por si e com o auxílio da participação cidadã, vela pela ordem devida e trata de realizar seu próprio interesse, que é o interesse da comunidade enquanto um todo. Estamos, pois, nas antípodas da ideologia liberal do contrato social. Surgem continuamente metáforas organicistas que fazem do ente estatal o titular natural do poder e da política e dos cidadãos meras células desse organismo coletivo, ao qual, ademais, têm de servir conforme as tarefas que o próprio Estado lhes designa. Não há pacto social para construir o Estado de base social. Ao contrário, a base social não é mais do que uma parte do corpo social do Estado, que tem nos governantes sua cabeça e, no espírito do povo, sua alma.

Assim é como se deve entender a expressão “direito de Estado”, como contraposta ao que significa “Estado de Direito”. O Estado an-

tecede ao direito, sendo sua base e seu pressuposto ontológico. O direito nasce do Estado porque é direito do Estado, ou seja, o conjunto de normas por meio das quais o Estado organiza sua própria vida enquanto “pessoa”, quer dizer, substância supraindividual com traços específicos e definidores – base cultural e “nacional”, tradição particular e missão ou destino que dão seu caráter último e sua razão de ser –, do mesmo modo que o ser humano individual organiza sua vida e seus padrões de comportamento a serviço de certa vocação, de um afã de perfeição e, inclusive, de um desejo de transcendência. Por isso, a normatividade jurídica não deve destoar nem em sua dicção e nem em suas aplicações desse fundamento “pessoal” transpessoal, se assim se pode dizer. Em virtude disso, o direito não pode ser senão direito do Estado, o direito que o Estado outorga a si mesmo como instrumento a serviço de sua missão transcendente. Já não é o monarca absoluto que assevera “o Estado sou eu”; é o próprio Estado, com vocação absoluta, aquele que, como síntese de sua missão e sua identidade, afirma que o Estado é o Estado e que tudo quanto lhe pertence – território, população e poder –, pertence-lhe por razões substanciais – por natureza –, inclusive seu sistema jurídico. Não são as normas jurídicas que constituem os poderes do Estado; é o poder do Estado, como eixo de seu ser, que cria as normas mediante as quais esse ser estatal se autorregula e regula suas relações com os cidadãos.

A teoria do Estado de Kelsen golpeará o núcleo de tal estatismo.<sup>5</sup> Para Kelsen, como é bem sabido, o Estado não é mais do que o reverso de um sistema jurídico, ou seja, o Estado não é mais do que uma rede normativo-institucional constituída pelo próprio direito. O Estado não tem substância própria e pré-jurídica; seu território é marcado pelo espaço geográfico em que vigora seu sistema jurídico, conforme as determinações desse mesmo sistema; sua população é a que, como conjunto de destinatários de suas normas, o sistema estabelece; seu poder não é outra coisa que o conjunto de instituições cujas competências o dito sistema define.<sup>6</sup> Fora dessa realidade tangível do Estado não resta mais do que ideologia<sup>7</sup> e metafísica a serviço de uma vontade de dominação que se pretende basea-

---

5 Pode-se ler uma perspicaz análise do estatismo em Jellinek e na posterior doutrina do Direito Público alemã até os tempos da Lei Fundamental de Bonn em KERSTEN, 2000, p. 9 *et seq.*

6 KELSEN, 1979a.

7 KELSEN, 1979a, pp. 290-291.

da em evanescentes e fantasmagóricos dados pré-jurídicos. A pura dominação fática de um grupo de indivíduos sobre uma coletividade é poder, mas não Estado. A dominação conforme certas normas jurídicas é Estado, mas só porque se institui enquanto sistema jurídico. Nada e nem ninguém tem o direito de imperar enquanto Estado antes ou à margem das normas jurídicas: não há Estado sem normas jurídicas que o constituam.

Esse, e não outro, é o significado da afirmação de Kelsen segundo a qual todo Estado é Estado de Direito. A noção de Estado de Direito não é utilizada por Kelsen em sua acepção político-moral ou no sentido de determinado modelo de organização estatal baseado na separação de poderes, na sua submissão à legalidade e no respeito a certos direitos fundamentais das pessoas. Com a expressão “Estado de Direito”, Kelsen pretendia apenas ressaltar a falta de substância real de todo Estado que se queira à margem e acima do direito, seja qual for o conteúdo desse direito. Não se trata de dotar de legitimidade moral qualquer Estado nem, menos ainda, de fundar certas obrigações políticas dos cidadãos diante de qualquer forma de Estado e perante suas normas. Kelsen objetiva apenas desmascarar a pura ideologia de dominação dos cidadãos presente em toda intenção de fazer do Estado uma entidade natural, um bem em si, um ser de raiz metafísica ou a pura emanção de uma comunidade cultural ou nacional. Poderá haver Estados sem essa marca metafísica e providencial que sejam injustos, atrozes ou opressivos, mas só serão Estados sobre a base de um direito, nunca antes disso. E no momento dos cidadãos lutarem contra essa possível injustiça do Estado, terão avançado um grande passo ao vê-lo só como o que é: uma rede institucional de poderes tecida pelo ordenamento jurídico e que mudará se dito ordenamento for modificado, não havendo essências pré-jurídicas que se deve aceitar e às quais é necessário submeter-se com a passiva atitude de quem aceita fenômenos naturais que estão fora de todo controle humano e, em especial, subtraídos à ação política dos cidadãos.

A partir dessas considerações é possível compreender melhor a disputa de Kelsen com Jellinek e a Escola Alemã do Direito Público, debate que inicialmente parece apenas metodológico e depois acaba por adquirir decisivos indícios de questionamentos ideológicos e políticos. Para Jellinek, o Estado teria uma dupla face, quer dizer, uma dimensão dual. Por um lado, o Estado apresentaria uma vertente normativa e institucional;

por outro, possuiria também natureza fática. Assim, o Estado seria, além de juridicidade e institucionalidade, um ser em si, uma pessoa, um sujeito com identidade própria que mediante normas se regula, podendo se autolimitar em suas relações com seus cidadãos.<sup>8</sup> É nesse ponto que Kelsen ataca. Segundo entende, não há no Estado qualquer facticidade pré-jurídica, por mais que as ações de órgãos e instituições estatais que o direito constitui tenham uma indubitável dimensão fática. O efeito não pode ser confundido com a causa. As ações do Estado não são ações que, primeiro, o sejam desse sujeito e, além disso, podem ser jurídicas ou antijurídicas. Só são ações estatais porque podem ser jurídicas ou antijurídicas, já que fora do direito não há Estado, apenas dominação fática, ajurídica. Assim, o que pode ser o Estado, qual é o modo possível de sua configuração, onde se radicam suas potestades ou quais são os limites possíveis de seu atuar não são elementos determináveis nem pela natureza das coisas nem por nenhum gênero de força normativa do fático, tratando-se sempre de construtos jurídicos.<sup>9</sup> Não é que o Estado manifeste uma vontade própria

---

8 Cf. FIORAVANTI, 1979, p. 407 *et seq.* Fioravanti conclui seu documentadíssimo estudo assinalando que o chamado “método jurídico” da Escola Alemã do Direito Público, culminante em Jellinek, constitui a expressão de uma intenção de neutralizar contradições sociais e políticas, tendo como base a tentativa de pensar a sociedade civil enquanto um todo homogêneo e sua relação com o Estado como mero reflexo natural do povo na pessoa jurídica do Estado (FIORAVANTI, 1979, p. 422). Assim, como explica Badura, foram deixadas à margem as questões referentes ao fim que justifica o Estado, bem como aquelas atinentes às tarefas do Estado, tendo os juspublicistas alemães se interessado somente pela descrição do poder e seus órgãos. Tinha-se por manifesta a legitimidade do Estado, vista como seu produto natural ou essência (BADURA, 1996, p. 139). Somente sobre a base dessa relação “orgânica” entre o Estado e a sociedade enquanto comunidade – e não como agregado de indivíduos ao modo liberal – é pensada a Constituição, que é Constituição do Estado, organização dos órgãos do Estado e das relações do Estado com a comunidade da qual é a suprema expressão (STOLLEIS, 1996, p. 83). Em consequência, a doutrina dos direitos públicos subjetivos, que alcança sua síntese em Jellinek, não supõe uma primeira versão do que, no constitucionalismo do século XX, se entende por direitos fundamentais, pois se acreditava que os direitos dos cidadãos tinham seu fundamento na própria personalidade do Estado. O Estado é depositário do poder, estando assim capacitado para se autovincular juridicamente mediante a concessão de esferas de liberdade aos cidadãos. Não se trata, portanto, de direitos fundamentais que têm seu embasamento no patrimônio moral dos indivíduos, mas sim de direitos atribuídos aos indivíduos pela livre vontade do Estado e que nele encontram sua razão de ser e justificação (FRIEDRICH, 1997, pp. 296-298). Ao se autolimitar mediante normas e outorgar direitos aos cidadãos, o Estado converte sua relação com estes em relação jurídica. Contudo, na base – como fundamento primeiro – está o poder do Estado enquanto tal. Das “duas caras” do Estado, a fática (causal ou “natural”) e a jurídica, aquela é a primeira e decisiva. Eis o ponto de partida das críticas de Kelsen (PAULY, 2000, p. 230 *et seq.*).

9 Dentre a infinidade de citações possíveis, fiquemos somente com uma, retirada da tradução mexicana dos *Hauptprobleme*: “¿Qué quiere decir el que ciertos actos realizados por determinadas personas físicas hayan de considerarse, desde el punto de vista jurídico, no como actos de estas mismas personas, sino de otra, distinta de ellas? Sencillamente, que se trata de un caso especial de *imputación*. El substracto de hecho formado por la actividad de estas personas no se les imputa a ellas, sino a otra. Pero, esto no significa que el punto de la imputación se dé en otro hombre. La imputación pasa, por decirlo así, a través de los sujetos agentes físicos y de sus actos psíquicos de voluntad, y no se detiene en otra persona física, como ocurre, por ejemplo, cuando se trata de imputar al padre o al patrono la responsabilidad por los daños causados por los niños o por los empleados. Aquí, todas las líneas de imputación se funden en una sola, situada mentalmente al margen de todo sujeto físico. Los individuos cuyos actos dan base a esta peculiar imputación son los órganos del Estado, y el punto común de confluencia de todas las líneas de imputación que parten de los hechos cualificados como actos de los órganos,

por meio de seus órgãos – tal como o Parlamento –, mas sim que certas expressões de vontade são *imputadas* ao Estado enquanto conteúdos da vontade estatal; e o são porque determinados indivíduos ocupam certos órgãos que são do Estado, já que assim dispõem as normas jurídicas constitutivas daquela imputação.<sup>10</sup>

O Estado, em suma, tem uma inescapável condição artificial, é um puro artifício jurídico e, como mera construção, dependerá de conjunturas históricas e circunstâncias aleatórias, de correlações de forças, de lutas ou de ideias, mas nunca poderá pretender-se que por cima desse devir histórico e social, com seu reflexo no sistema jurídico, o Estado esteja atado a uma configuração necessária, natural, imodificável e substancial.

É o caráter antimetafísico da teoria kelseniana que a distingue do positivismo do século XIX, quer seja daquele próprio dos jusprivatistas da Escola da Exegese e da Jurisprudência de Conceitos – com sua idealização do sistema jurídico como algo perfeitamente racional, como um sistema ideal que, por ser completo, coerente e claro, é a expressão da suprema razão jurídica –, quer daquela dos juspublicistas da Escola Alemã do século XIX, que pretendiam validar para o Direito Público um esquema similar, o qual teria seu vértice e primeiro postulado na ideia de Estado racional.

Que eco teve, na doutrina do período de Weimar, o antiestatismo kelseniano, ou seja, sua filosofia política cética e antimetafísica? Kelsen foi muito duramente criticado e poucos autores entre os juspublicistas da época prescindiram do estatismo anterior<sup>11</sup> – fortemente autoritário

---

es la voluntad del Estado. [...] Ahora bien, si nos preguntamos cuál es el principio con arreglo al cual se opera esta clase de imputación y cuáles son los hechos que se hallan sujetos a ella, en otras palabras, qué actos son actos del Estado, la respuesta nos la dará la *norma jurídica*: es la ley – entendida como el conjunto de las normas jurídicas – la que establece expresamente cómo quiere obrar el Estado y bajo qué condiciones obra, por medio de sus órganos. [...] Cuando decimos que la ley encierra la voluntad del Estado, decimos simplemente que se establecen en ella los substratos de hecho que deben considerarse como actos propios del Estado, que el Estado ‘quiere’, es decir, que deben serle imputados al Estado, y no a los sujetos físicos agentes, a los que por esta circunstancia llamamos ‘órganos’” (KELSEN, 1987, pp. 156-157).

<sup>10</sup> LAGI, 2007, p. 80 *et seq.*

<sup>11</sup> A situação doutrinária na República de Weimar é magistralmente resumida por Juan Luis Requejo Pagés na “Nota Preliminar” de sua recente tradução da obra fundamental de Kelsen sobre a democracia: “Éste fue el tiempo de la pasión por lo *orgánico*. Al artificio de la construcción racional del Estado se opone la concepción de la sociedad como una realidad natural, orgánica, regida por leyes inasequibles a la lógica de la razón y por tanto insuprimibles. Una realidad en la que, naturalmente, impera, como siempre la ley del más fuerte y en la que se explican como ineluctables las situaciones e dominación económica, social, cultural y política [...] El terror al *mecanicismo* de la sociedad democrática es el que despierta, en todos los órdenes, el progreso científico y material, la máquina, la ciudad; en definitiva también, a lo irracional. Una magnífica muestra de esa deriva a la irracionalidad es la concepción del pueblo, el Estado y los partidos políticos defendida por Triepel y con la que Kelsen polemiza con un punto de pasión que por lo común siempre supo contener. El recurso de Triepel a unos versos del *Fausto* para dar vía a su entusiasmo irracional por lo orgánico es un siniestro anticipo del conjuro



– e se vincularam ao que chamamos de “positivismo do Estado de Direito”. Costuma-se mencionar apenas um punhado de nomes, sempre com os matizes de costume: Thoma, Radbruch, Nawiasky, W. Jellinek e Anschütz. E para por aqui.<sup>12</sup> A enorme potência teórica de Kelsen e sua escrita incansável não encontraram terreno fértil em uma academia profundamente marcada pela nostalgia do Estado Guilhermino e que se lamentava pela decadência daquela Alemanha que havia saído derrotada da Primeira Guerra Mundial. Em um contexto marcado por nostalgias do império, sede de autoridade, temor aos movimentos populares, desconfiança frente aos frios procedimentos democráticos que Weimar tencionava instaurar, suspeita dos direitos fundamentais modelados na Constituição e que eram considerados expressão de uma enésima tentativa de submeter a Alemanha aos imperativos de um individualismo liberal, dissolvente e destrutivo das essências nacionais e comunitárias, é crível que, depois de 1933, a doutrina se achava – como tantas vezes afirmou-se – impregnada do kelsenismo que se havia feito dominante sob a Constituição de Weimar? Em absoluto. Trata-se de uma primeira e radical falsificação interessada. Basta lançar um olhar superficial ao que, naquele tempo, escreviam os juspublicistas que de imediato se converteram nos juristas de cabeceira do regime hitlerista para ver que, ainda sob Weimar, sua oposição a Kelsen era tenaz e raivosa. Neohegelianos, jusnaturalistas e decisionistas, todos em sua diversidade achavam-se unidos na crítica a Kelsen. Seguramente é lícito afirmar com a maior contundência que nem um só kelseniano dos tempos da República passou às fileiras de Hitler mantendo a doutrina originária. Nem um. Dessa maneira, como podemos entender que tantos professores antikelsenianos argumentassem, depois de 1945 ou de 1949, que sempre haviam estado eclipsados por Kelsen e que só agora, naquele momento,

---

al que no tardarían en acudir las fuerzas que terminarían con el sueño de Weimar. Persiguiendo lo sublime, Triepel y tantos otros allanaron el camino a la barbarie” (REQUEJO PAGÉS *in* KELSEN, 2006, pp. 18-19).

12 Ao mencionar estes únicos representantes do positivismo em tempos de Weimar, Stanley Paulson assinala que justamente eles eram os defensores do Estado de Direito que se queria construir com a Constituição de Weimar, enquanto os críticos mais ácidos do regime constitucional e democrático eram antiliberais e neohegelianos como Carl Schmitt, Julius Binder ou Karl Larenz, entre muitos outros (PAULSON, 1994, p. 325). Os juspositivistas citados por Paulson tinham em comum com Kelsen sua condição de democratas e de ter escrito, a maioria deles, obras importantes sobre teoria democrática. Além disso, três – Kelsen, Walter Jellinek e Nawiaski – sofreram repressão acadêmica por serem judeus. Quanto aos outros, Anschütz se aposentou voluntariamente com a chegada dos nazistas ao poder e foi objeto de agressões em revistas nacional-socialistas. Thoma continuou em sua cátedra, mas sem ter nunca tomado partido pelo novo regime (PAULSON, 1994, p. 345 *et seq.*).

tomavam consciência dos excessos a que tal pensamento os havia levado? Mais adiante voltaremos a falar sobre o caso e os porquês.

Não era distinta a situação na magistratura. Com a entrada em vigor da Constituição de Weimar, ofereceu-se aos juízes, coletivamente suspeitos de professar escassa simpatia pelo regime constitucional do Estado de Direito, a oportunidade de se aposentarem sem perda econômica. Mas muito poucos – somente 0,15% – aceitaram a oferta.<sup>13</sup> Essa também foi a razão pela qual autores como Radbruch mostraram-se então pouco inclinados a colocar nas mãos daqueles juízes o controle de constitucionalidade das leis.<sup>14</sup> Durante a República de Weimar foi moeda comum uma prática judicial que se desligava irreflexivamente de qualquer vinculação ao texto da lei e ditava resoluções inspirando-se em supostos princípios que não eram mais do que aqueles característicos do autoritarismo estatal que lhes parecia tão atraente.<sup>15</sup> Mais ainda, deve-se acrescentar que a jurisprudência da época, especialmente a penal, deixava transparecer com toda clareza possível uma manipulação descarada da lei para perseguir com sanha os movimentos sociais esquerdistas e favorecer grupelhos nazistas e golpistas.<sup>16</sup> O processo intentado contra Hitler devido à sua tentativa de golpe de Estado de 8 e 9 de novembro de 1923 e sua escandalosa sentença, prolatada em primeiro de 1º de abril de 1924, não são mais do que a suprema expressão dessa constante atitude.<sup>17</sup>

13 ROTTLEUTHNER, 1987, p. 377, n. 6 e SIMON, 1985a, p. 52.

14 A atitude geral dos professores juspublicistas que defendiam a democracia e a República de Weimar era de receio ante essa possibilidade de controle judicial da constitucionalidade das leis. Era o caso de Radbruch, Anschütz, Thoma ou W. Jellinek. Entretanto, a favor de dito controle – e não necessariamente por amor à Constituição e ao sistema do Estado de Direito que ela organizava – contava-se com autores como E. Kaufmann, Koellreutter, Larenz e Carl Schmitt, além de outros cuja atitude política não era antidemocrática, tais como Nawiasky ou Leibholz (ROTTLEUTHNER, 1987, p. 381). Como aponta Rottleuthner, há que matizar a postura de Kelsen, em princípio favorável ao controle de constitucionalidade na Alemanha (*Prüfungsrecht*). Contudo, não obstante ter forjado o sistema de controle concentrado de constitucionalidade na Áustria, Kelsen se manifestou com prudência no caso alemão, alegando que, quando uma Constituição contém princípios tão vagos como os de justiça, liberdade ou igualdade, surge, o risco de que se produza um deslocamento do poder do Legislativo para o Judiciário. Era precisamente o que temiam autores como Radbruch ou Franz Neumann: que aqueles juízes nostálgicos de império e de autoridade imperial destruíssem a partir de dentro o sistema de Weimar mediante o *Prüfungsrecht* (ROTTLEUTHNER, 1987, p. 381).

15 Como explica Ingo Müller: “Os tribunais da República de Weimar raramente qualificaram de modo expresso uma lei como não aplicável ou inconstitucional, mas com muito palavreado e uma ‘interpretação’ da lei que tinha pouco a ver com seu teor literal, conseguiam perfeitamente o mesmo efeito, colocando a lei fora do jogo. O positivismo jurídico não estava entre os juristas alemães representado por ninguém, salvo por uma pequena minoria republicana. Carl Schmitt havia assinalado em 1932 que ‘o tempo do positivismo jurídico chegou a seu fim’” (MÜLLER, 1989, pp. 221-222).

16 URBINA, 2007, p. 79 *et seq.*

17 Cf. ANGERMUND, 1990, p. 231 *et seq.* e MÜLLER, 1989, p. 23 *et seq.* Leia-se as amargas palavras de Radbruch acerca dessa sentença e da justiça política do período em RADBRUCH, 1992, pp. 184-188.

Chama poderosamente a atenção que duas ideias se mantivessem plenamente vigentes na magistratura e na doutrina alemã de Weimar, do nazismo e das décadas posteriores: a de que o positivismo era rechaçável por seu legalismo e a de que frente à lei deveriam imperar certos princípios substanciais que dão sentido ao direito, os quais, em verdade, devem guiar a decisão judicial. Note-se apenas que os autores e os juízes – muitas vezes os mesmos autores e os mesmos juízes – foram mudando o conteúdo ou a formulação desses princípios à medida que se transformava o regime político em que prosperavam.<sup>18</sup>

## 2.2. Kelsen na doutrina jurídica do nacional-socialismo e do pós-guerra

Se, em tempos de Weimar, as teses kelsenianas eram minoritárias e fortemente atacadas pelo estatismo, pelo nacionalismo e pelo autoritarismo nostálgico, e se, sob o nazismo, Kelsen era objeto de desprezo geral,<sup>19</sup> tendo sido apelidado de judeu liberal perigoso para a grandeza do Estado alemão e para o “novo” direito de corte racista, a serviço das doentias obsessões da casta dirigente, cheia, por certo, de juristas que faziam qualquer coisa para ganhar os favores do *Führer*, depois da Segunda Guerra e da derrota alemã assistiremos à culminação da infâmia, pois se impõem às teses kelsenianas toda a culpa relativa aos despropósitos e às aberrações acontecidas naquele corrupto mundo jurídico.

Converter-se-á em lugar comum, até hoje repetido sem reflexão, a imputação ao positivismo kelseniano dos desmandos jurídicos daquela corte de arrivistas unanimemente antikelsenianos. Dois propósitos bem diversos confluem para semelhante atribuição de responsabilidades à dou-

---

18 Ulfrid Neumann observou muito sutilmente que foi essa insistência nos princípios supraleais o que permitiu a continuidade de uma doutrina que, depois da guerra, permanecia insultando a legalidade formal tal qual antes e amparando-se em fórmulas que se mencionavam sem qualquer atenção a seu conteúdo. Note-se o exemplo do “bem comum”, princípio do qual os mesmos autores faziam uso em tempos de Hitler e depois, como se nada tivesse acontecido, se bem que, em cada ocasião, adaptavam sua interpretação a suas conveniências e as do poder da vez. Depois de 1949, continuaram insistindo que a chave do direito estava em uma ordem pré-estabelecida na qual o indivíduo inseria-se como pessoa moral e membro da comunidade (NEUMANN, 1994, pp. 147-148).

19 Na edição de 1939 de uma enciclopédia alemã, a *Meiers Lexikon*, o verbete dedicado a Kelsen rezava assim, depois da enumeração de algumas de suas obras: “Representante radical da ‘Teoria Pura do Direito’, típica expressão do destrutivo espírito judeu nos anos do pós-guerra no campo da doutrina jurídica e do Estado. Com seu completo esvaziamento de todo conteúdo real em seus conceitos gerais e formais, Kelsen nega toda substância do direito e do Estado. Suas concepções destruidoras da comunidade estão, enquanto expressão do niilismo político, em completo contraste com os pontos de vista nacional-socialistas” (*Apud* ENGLARD, 1998, p. 183).

trina de Kelsen. Por um lado, boa parte dos professores que escreveram textos atrozes de exaltação ao *Führer* como suprema fonte do direito alemão,<sup>20</sup> textos que justificavam a chamada “morte civil” dos judeus e até seu extermínio – e também de outras raças consideradas inferiores, tais como a eslava, os grupos da população considerados degenerados, a exemplo dos homossexuais, e aqueles tidos em geral como inimigos do povo –, dizem que tudo se deveu a um ofuscamento motivado pelo predomínio que, em suas consciências de exímios juristas, teve o pensamento kelseniano e seu suposto lema de que a lei é a lei, *Gesetz ist Gesetz*, e que a lei, sob tal ponto de vista, não podia senão ser acatada e rigorosamente cumprida. Por outro lado, havia quem – com Radbruch à frente – buscava uma maneira de justificar a reprovação dedicada àqueles juízes e funcionários do Estado que então se escusavam alegando que não tinham feito mais do que cumprir com seus deveres ao aplicar a legislação válida, considerando a convicção de que toda lei é justa e deve ser obedecida, acrescentando que tal crença – que os incapacitava moralmente – fora imposta pelo positivismo dominante. Uns se justificavam culpando Kelsen e outros acusavam-no questionando as teses kelsenianas sobre a validade das normas jurídicas. Enquanto isso, nos Estados Unidos da América, Kelsen escrevia contra a continuidade do Estado alemão anterior e em prol da tese de que havia nascido um novo Estado sem vínculos jurídicos com os funcionários do anterior regime.<sup>21</sup>

Os juristas do regime hitlerista continuaram quase todos em suas cátedras universitárias depois de breves períodos de suspensão ou de submissão a caricaturescos processos de desnazificação.<sup>22</sup> Também os que foram juízes, fiscais ou funcionários do Estado sob o nazismo, incluídos os funcionários da polícia e da Gestapo, acabaram retornando a seus cargos

---

20 RÜTHERS, s/d, p. 127 *et seq.*

21 Cf. KELSEN, 1945, p. 518 *et seq.* Para o debate desse momento sobre a continuidade ou não do Estado alemão, com seus vínculos internos com seus funcionários e os externos – em matéria, por exemplo, de tratados internacionais –, cf., em geral, FIEDLER, 1993, p. 333 *et seq.*

22 “Os numerosos catedráticos de Direito que, depois de 1933, haviam saudado, apoiado, legitimado e sustentado dogmaticamente a mudança para um totalitário *Führerstaat* retornaram, com poucas exceções (por exemplo, Carl Schmitt, Otto Koellreutter, Reinhard Höh, Georg Dahm e Karl August Eckhardt), a seus postos, às vezes após uma pequena espera. A grande maioria dos professores de Direito que, depois de 1949, ensinavam e investigavam nas universidades alemãs ocidentais havia feito o mesmo antes da derrota, nas mesmas ou em outras universidades da ‘Grande Alemanha’, desde a Universidade Imperial de Estrasburgo até as de Königsberg e Viena. A consequência foi que a história da ciência jurídica e da administração da Justiça sob o nazismo converteu-se, por muitos anos, nos cursos jurídicos da República Federal, em um tema evitado com todo esmero ou tratado só em seus aspectos parciais ‘não perigosos’” (RÜTHERS, 2001, p. 93).

no Estado instaurado pela Lei Fundamental de Bonn. Entre os professores que haviam posto suas penas a serviço de Hitler, tornou-se habitual uma pouco crível conversão ao jusnaturalismo, tendo se transformado em defensores de uma concepção do direito com forte base moral. Se antes se haviam oposto com todas suas forças ao positivismo jurídico por considerá-lo individualista, dissolvente, judaico e inimigo da grandeza e da expansão do povo alemão, no pós-guerra continuaram com o seu anti-positivismo, mas usando outros argumentos. À época, o ataque dedicado ao positivismo baseava-se na separação positivista entre direito e moral, frente a qual se afirmava o essencial fundo axiológico do direito, o papel determinante da dignidade humana individual e a indubitável vigência positiva e suprapositiva dos direitos humanos. Em regra, foi uma conversão massiva. Sob essa nova e interessada versão, o positivismo jurídico – do qual anteriormente estavam todos imbuídos – seria a causa de não terem sabido apreciar o opróbrio nacional-socialista e de que tivessem prestado seu assentimento aos desígnios jurídicos daquele sistema. Evidentemente, fazia parte de tal operação de autojustificação a difusão de uma versão do positivismo kelseniano que em nada se adequava à doutrina que, em verdade, havia Kelsen defendido ao longo de toda sua obra até aquele momento. Muito em particular, interessava fazer crer que Kelsen sempre havia propugnado a virtude moral de todo direito formalmente válido e o imperativo moral de obediência a quaisquer leis promulgadas pelo poder, o que constitui uma doutrina sem fundamento que tem tido um surpreendente eco ao longo das décadas, chegando inclusive aos dias de hoje.

Os exemplos e os textos poderiam ocupar estantes inteiras. Mencionemos somente um bem representativo, o de Hermann Weinkauff.<sup>23</sup> Nascido em 1894, militou desde 1933 no partido nazista. A partir de 1937 foi magistrado do *Reichsgericht*, tendo sido distinguido em 1938 com uma condecoração, a *Silbernen Treudienst-Ehrenzeichen*, prêmio por sua lealdade ao regime. Depois da guerra, passou alguns meses em um campo de internação norte-americano e, mais tarde, presidiu o *Landgericht* de Bamberg, até que em 1950 foi nomeado Presidente do Tribunal Supremo Federal, o *Bundesgerichtshof*. Não precisou pedir perdão por seu entusiasmo na era do nazismo, nem de dar mais explicações sobre seu zelo judicial naquele tempo, bastando afirmar a tese segundo a qual o positivismo jurídico teria

---

23 Uma completa exposição de sua biografia, carreira e obra pode ser encontrada em HERBE, 2008.

contaminado a todos. O judeu Kelsen continuava sendo culpado ou bode expiatório.<sup>24</sup> Por fim, agora Weinkauff via a luz e começava uma produção doutrinária com contínuas acusações ao positivismo e profissão de fé jus-naturalista. Em 1953, já como Presidente do *Bundesgerichtshof*, Weinkauff encabeçou o protesto contra a sentença do Tribunal Constitucional que negava a trinta e quatro antigos funcionários da Gestapo o direito a se reintegrarem como funcionários da polícia na República Federal Alemã. Ao fim e ao cabo, não lhe faltava razão, pois se ele havia podido chegar a tão alta magistratura tendo sido magistrado sob o nazismo e desorientado por Kelsen, porque não deveriam merecer idêntica sorte os que foram policiais com Hitler e para Hitler?

Em 1952, em seu artigo *Das Naturrecht in evangelischer Sicht*, escrevia Weinkauff que a doutrina positivista, “dominante durante os últimos cem anos”, afirmava que o direito é válido por expressar a vontade do legislador estatal e que “nós temos vivido e sofrido, e ainda padecemos hoje, as sangrentas consequências”.<sup>25</sup> Ele se pergunta o que acontece quando esse direito positivo que vale só por ser produto da vontade do poder se enche de injustiça, quando produz campos de concentração, escravidão, extermínios massivos ou privação arbitrária da propriedade e acusa o positivismo de fomentar, com sua teoria da validade, a aceitação acrítica de semelhantes normas espúrias. Ao contrário, o jusnaturalismo assinala que o direito não pode ser fruto de uma vontade humana puramente autônoma, estabelecendo limites que a lei não pode ultrapassar, limites que todo bom juiz pode descobrir intuitivamente ao se questionar qual é a solução justa para cada caso.<sup>26</sup> Assim sendo, onde está o fundamento desses imperecíveis conteúdos de justiça que nenhum direito positivo pode deixar de lado sem perder sua validade? Resposta de Weinkauff: essas normas valem “porque Deus as assentou de maneira vinculante”.<sup>27</sup> Por vulnerar esses supremos princípios do direito natural posto por Deus, não seria válida a legislação nacional-socialista que propiciou a perseguição de grupos humanos, o extermínio, a discriminação

---

24 “O positivismo foi apresentado como bode expiatório, contrapondo-se-lhe um direito natural que – sobretudo na jurisprudência do Tribunal Supremo Federal a partir de 1950 – foi tingindo-se de tomismo” (SIMON, 1985a, p. 59).

25 WEINKAUFF, 1972, p. 211.

26 WEINKAUFF, 1972, p. 212.

27 WEINKAUFF, 1972, p. 213.

e as mais extremas crueldades. Contudo, é o mesmo direito natural que impõe a um Estado a impossibilidade de desaparecer graças à simples ocupação militar ou a meros acordos das potências ocupantes e, em consequência, não pode tal Estado fazer *tabula rasa* dos direitos fundamentais de seus funcionários.<sup>28</sup> Ajuda-te, que Deus te ajudará.

As palavras de Weinkauff são enternecedoras, mas não nos esclarecem por que não se lhe revelaram antes de 1945 essas supremas verdades jurídicas, por que ele não encontrou em sua consciência qualquer impedimento para aplicar, como juiz, tais normas injustas ou por que não abandonou o ofício se tanto lhe repugnavam essas leis. Jogar a culpa sobre o sempre insultado positivismo e desfigurar a história era desculpa pueril, mas deu excelentes resultados.

Também Karl Larenz – o muito famoso e influente Karl Larenz – estava sob o influxo positivista quando, no ano de 1934, em sua obra *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*,<sup>29</sup> escrevia que a suprema tarefa da Filosofia e da Jusfilosofia alemãs consistia em se livrar da danosa influência do racionalismo e da ilustração, que haviam desembocado no materialismo, no utilitarismo e no positivismo.<sup>30</sup> O mesmo Larenz que contundentemente dizia que “a renovação do pensamento jurídico alemão não é pensável sem uma radical ruptura com o positivismo e o individualismo” e que o sinal distintivo da nova ciência jurídica alemã está na “*luta contra o positivismo*, em especial contra a “Teoria Pura do Direito””.<sup>31</sup> Vale a pena que traduzamos e examinemos com certo cuidado uma boa série de parágrafos dessa obra de Larenz, do mesmo Larenz que, a partir dos anos cinquenta, seria porta-voz da Jurisprudência dos Valores, da dignidade humana e da justiça enquanto propriedade imanente de todo direito possível. Sob o nazismo e nos textos abaixo citados, Larenz não aparece como pensador isolado ou excêntrico, sendo, ao contrário, porta-voz prototípico e destacado da doutrina jurídica que, com o nazismo, se fez oficial e praticamente unânime. Leiamos e perguntemo-nos quanto de positivismo kelseniano há em suas asserções:

---

28 WEINKAUFF, 1972, pp. 217-218.

29 LARENZ, 1934.

30 LARENZ, 1934, p. 4.

31 LARENZ, 1934, p. 15.

Segundo a concepção alemã, o direito não é uma questão de um querer arbitrário nem de utilidades ou funcionalidades externas, mas uma ordem vital estreitamente relacionada à vida moral e religiosa da comunidade. Isso é incompatível com a opinião do jusnaturalismo da ilustração, que via o direito surgir do interesse dos indivíduos particulares em razão de um ato gratuito, de um contrato. Com essa fundamentação na vontade individual, o direito perde sua dignidade originária e sua autoridade; seu conteúdo é posto à mercê de uma arbitrária criação e, com isso, dos vai-e-vens do interesse individual.<sup>32</sup>

A razão de ser da Jusfilosofia alemã estava, segundo Larenz, em

relacionar o direito com sua concreta comunidade, que é sua portadora e, ao mesmo tempo, sua mais alta norma. O direito não nasce [...] da vontade individual, e sim da vontade coletiva; é a vinculante ordem vital da vontade coletiva existente em seu ser, e seu fim é, antes de mais nada, a manutenção e o desenvolvimento dessa mesma comunidade, à qual deve seu ser.<sup>33</sup> [...] Assim como o direito deve sua origem e sua validade à comunidade, do mesmo modo o direito serve, antes de tudo, à vida da comunidade.<sup>34</sup> [...] A vinculação do direito à comunidade significa, afinal de contas, que o conteúdo de determinado direito positivo deve se adequar ao correspondente espírito do povo, à consciência moral, às normas morais do povo; significa que o legislador não deve criar o direito segundo seu mero querer, segundo seu arbítrio.<sup>35</sup> [...] O positivismo, tal como em sua máxima expressão na “Teoria Pura do Direito” de Kelsen, não é propriamente mais que a manifestação de uma intrusão estrangeira e não tem nenhuma capacidade para compreender o sentido metafísico do conceito de espírito do povo.<sup>36</sup> [...] O ideal do positivismo é um Estado de plena segurança jurídica, um Estado no qual as consequências jurídicas de cada ação possam

---

32 LARENZ, 1934, p. 5.

33 LARENZ, 1934, pp. 6-7.

34 LARENZ, 1934, pp. 8-9.

35 LARENZ, 1934, p. 9.

36 LARENZ, 1934, p. 11.



ser completamente calculadas de antemão, no qual o livre jogo das forças econômicas se desdobre sem interferência sobre os trilhos do direito. Sua interdependência em relação ao liberalismo econômico é mais do que evidente.<sup>37</sup>

Para o positivismo, “tal qual para o jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, o direito é pensado em função do indivíduo, tendo sua razão de ser em proporcionar ao indivíduo a maior medida possível de proteção e segurança, não admitindo a ideia de que o direito existe, sobretudo, por e para a comunidade”.<sup>38</sup> A Filosofia do Direito alemã não pode pensar o direito sem relacioná-lo ao “espírito objetivo”, que “é sempre espírito de um povo determinado, internamente formado mediante o sangue e o destino”.<sup>39</sup>

O particular não é mais do que um membro [*Glied*] de seu povo e dependente em sua vida dele; é por ele marcado e por ele determinado. O espírito de seu povo vive nele, lhe é comunicado mediante o sangue e o determina de modo similar às necessidades naturais.<sup>40</sup> [...] A validade ideal da norma e a validade real, no sentido de ser seguida, remetem ao mesmo fundamento, são as formas em que se manifesta uma e a mesma realidade: a vontade comunitária. A lei obriga o particular porque é vontade coletiva, sendo, como tal, seguida porque faz parte da essência da vontade comum sua realização. O fato do cumprimento habitual é mais do que mero fato, é expressão da vontade comum que assim se mostra em sua validade. O ato de vontade do legislador [...] não é simples dado fático, mas expressão de uma vontade comum orientada para a duração e a proporção.<sup>41</sup> [...] A “vontade coletiva objetivada na lei” não é meramente o significado objetivo que dita lei possui em conjunção com outros preceitos legais; é mais o significado concreto que lhe é atribuído pela consciência jurídica da comunidade e pela jurisprudência enquanto seu órgão. Tal significado concreto provém da recondução do preceito legal às decisões fundamentais e aos valores, à ideia jurídica con-

---

37 LARENZ, 1934, p. 13.

38 LARENZ, 1934, p. 14.

39 LARENZ, 1934, p. 16.

40 LARENZ, 1934, p. 23.

41 LARENZ, 1934, p. 30.

creta que vive na comunidade jurídica e que faz de seu direito uma totalidade unitária e plena de sentido.<sup>42</sup>

Depois de insistir que o legislador não é livre, estando vinculado à consciência moral e jurídica de comunidade de que é mero órgão, pergunta-se Larenz “a quem corresponde, na vida estatal, a última decisão: ao legislador ou a um juiz que o controla?”<sup>43</sup> Sua proposta é diversa:

No Estado do *Führer* [*Führerstaat*] a questão se decide de outra maneira, pois pertence à ideia de *Führer* que nele se sintetize do modo mais visível a unidade de vontade do povo e a vontade do Estado. Portanto, ninguém além do *Führer* pode tomar a última decisão sobre se determinadas regras valem ou não. Frente a ele não se necessita de nenhuma garantia de justiça, pois ele, em sua condição de *Führer*, é o “*guardião da Constituição*”, o que equivale a dizer o *guardião da concreta e não escrita ideia de direito de seu povo*. Por conseguinte, uma lei que provenha de sua vontade não deve ser submetida a nenhum tipo de controle judicial.<sup>44</sup> [...] O juiz está obrigado a reconhecer e a aplicar como direito toda lei que entre em vigor a partir da vontade do *Führer*, mas tem de aplicá-la *segundo o espírito* do *Führer*, de acordo com a atual vontade jurídica, com a concreta ideia jurídica da comunidade.<sup>45</sup> [...] A concepção alemã de direito coloca a *comunidade* no lugar da mera coexistência de indivíduos e a responsabilidade de cada um, como membro da comunidade, no lugar da abstrata igualdade. A filosofia alemã entende a ideia de liberdade enquanto *responsabilidade* moral, de acordo com a qual cada um, em sua posição, se sabe corresponsável pela totalidade. Da força dessas ideias resultam as velhas orientações básicas da concepção jurídica alemã: a prioridade do interesse coletivo sobre o interesse individual [...], a subordinação dos direitos subjetivos às obrigações a eles relacionadas, a atenuação da contraposição entre Direito Público e Direito Privado e a preferência do primeiro. Para a construção da comunidade do Estado nacional-socialista

---

42 LARENZ, 1934, p. 32.

43 LARENZ, 1934, p. 33.

44 LARENZ, 1934, p. 34.

45 LARENZ, 1934, p. 36.

é determinante, antes de tudo, a ideia racial, a consciência do vínculo entre o povo e o sangue.<sup>46</sup>

Até aqui vimos citações do trabalho de Larenz de 1934. O mesmo tom faz-se presente em outros escritos seus desses anos. Onde estava a grande influência do positivismo, desse positivismo que, com seu predomínio, havia cegado a consciência jurídica e moral desses excelsos juristas da corte hitlerista? Essa foi a tônica geral da época. Professores e juízes que foram nazistas de estrita observância, que sentenciaram e escreveram com total reverência a Hitler e a seus seguidores e que nunca abraçaram o positivismo kelseniano ou outro similar – bem ao contrário, aliás – atribuíram a um fantasmagórico predomínio desse positivismo na Alemanha e em suas consciências aquela atitude de entrega e entusiasmada submissão. Uma monumental falsidade, uma monstruosa tergiversação histórica.

Está por ser feita – e se deveria fazer – uma antologia de textos nazistas de professores de Direito que logo se tornaram defensores do jusnaturalismo e da indivisível união entre direito e moral. Ainda que – bem considerado e como mais de um autor atual percebeu – ambas as ideias já estivessem presentes no pensamento jurídico nacional-socialista, pois além de existir um específico ramo do jusnaturalismo nazista, representado antes de tudo por Raimund Eberhard e Hans-Helmut Dietze,<sup>47</sup> a argumentação de autores nazistas reproduzia fielmente os esquemas do anti-positivismo jusnaturalista.<sup>48</sup> Além disso, a vinculação entre direito e moral, entendida esta como *Sittlichkeit* da comunidade – como moral comunitária pela qual se expressava o sentir e a personalidade da comunidade popular – estava absolutamente presente em todas as doutrinas da época e constituía uma das bases da crítica ao positivismo. Faz falta essa antologia por muitas razões: para colocar em seu devido lugar as responsabilidades de cada qual, para que nos surpreendamos com a grande similaridade entre certas fórmulas e ideias nazistas e alguns lemas que hoje ressuscitam em uma teoria do direito que se pretende progressista e comprometida com as essências constitucionais e, finalmente, para que a mentira grosseira sobre Kelsen e seu positivismo deixem de ter a enorme presença que ainda

46 LARENZ, 1934, pp. 39-40.

47 VALDÉS, 1993, p. 145 *et seq.* e WITTRECK, 2008, p. 35.

48 SCHILD, 1983, p. 439 e 450 e WITTRECK, 2008, p. 43 *et seq.*

têm em muitos países e na cabeça de juristas que continuam ensinando impunemente o que mais convém a seu autoritarismo e a sua falta de informação. Não é este o lugar para tal tarefa, mas me permitirei só mais uma citação a propósito de juízes, legalidade e positivismo. Ouçamos Erik Wolf em 1934:

Deve ficar claro que, quando falamos hoje em dia da vinculação do juiz à lei, o fazemos em um sentido diverso do anterior. Por um lado, porque a ciência jurídica alemã reconheceu há tempos que os parágrafos puramente formais da lei não são nunca capazes, em razão da possibilidade judicial de livre valoração, de assegurar uma plena igualdade de tratamento na Justiça, o que não se deve à má disposição, mas à essência mesma da lei, que contém e deve conter elementos que necessitam de complemento valorativo, aptos a apreender a vida real. Por outro lado, com a identidade que atualmente se dá entre o legislador e o governo, fica garantida uma direção autoritária do juiz por meio dos princípios básicos do governo estatal, dessa maneira proporcionando-lhe apoio firme também no que se refere à sua livre valoração. Precisamente aí se radica a garantia de que toda vontade do *Führer* encontre sua expressão em forma de lei e satisfaça assim a necessidade de segurança jurídica do povo. Nessa medida, também o Estado nacional-socialista é um “Estado de Direito”, não no sentido formal e positivista de um Estado de artigos de lei com um legislador inapreensível, pluriforme e, em última instância, irresponsável, senão no sentido de Estado material de Direito, Estado de justiça material ligada ao povo. Nesse Estado aparece como ideal jurídico um juiz que é mandatário da comunidade popular. Sua liberdade não está delimitada nem pela arbitrariedade e nem por um princípio de segurança jurídica concebido de modo formal-abstrato, sendo essa liberdade guiada e limitada no necessário por meio da ideia jurídica popular encarnada no *Führer* e acrescida à lei.<sup>49</sup>

Mais adiante, Wolf explica por que atribuições como as judiciais somente deveriam ser desempenhadas por nacionais arianos que sentissem em sua alma a voz da raça:

---

49 WOLF, 1934, p. 352.

A ideia de igualdade de sangue e de raça do povo alude àquela unidade da linhagem alemã em sua essência mais original – com todas suas variantes –, desenvolvida sobre a base natural da herança racial, unidade que é designada pelas expressões “espírito do povo” ou “alma popular”. Essa ideia de direito vê no espírito do povo a sua raiz e a sua meta no serviço à nação, pelo que, ademais, exige que sejam reservadas certas funções especialmente importantes para a construção da comunidade popular a compatriotas racialmente aptos – o que não significa o mesmo que cidadãos com nacionalidade estatal –, pois os estrangeiros ou os nacionais de raças alheias carecem, nesse ponto, do pressuposto de sua inserção no povo. Entre esses postos encontram-se os do funcionalismo público e os do serviço no exército. Tais reservas não significam direitos superiores no sentido de privilégios, mas, ao contrário, supõem para seus portadores um aumento de suas obrigações nacionais e sociais, não oferecendo ao compatriota na raça, por contraste com o estrangeiro de outra raça, nenhuma vantagem individual ou material.<sup>50</sup>

Por sua parte, a magistratura nazista levou a tal ponto seu zelo no serviço ao Estado nacional-socialista<sup>51</sup> que teve que ser advertida pelo Ministro da Justiça Thierack nas famosas *Richterbriefe*, as “*Cartas aos juízes*”,<sup>52</sup> a primeira das quais foi remetida às autoridades judiciais em setembro de 1942. Em tais documentos insistia-se, entre outros pontos, que os juízes penais se ativessem às penas estabelecidas em lei e abandonassem a prática frequente de impor, para certos delitos, penas superiores às legalmente estabelecidas. Estariam esses juízes impregnados de positivismo legalista?

Kelsen não só serviu de bode expiatório para antigos nazistas e antipositivistas de toda a vida; também seu positivismo converteu-se em base para outra batalha. Finalizada a guerra, apresentou-se na Alemanha o problema de como se deveria tratar juridicamente os juízes e funcionários que aplicaram com extrema dureza as normas mais infames. No caso de muitos funcionários a escusa era a obediência devida, e, no dos juízes, a de

50 WOLF, 1934, pp. 357-358.

51 “Não se pode esquivar do fato de que a maioria dos juízes do Terceiro Reich serviu aos novos dirigentes, primeiro com diligência, logo, talvez algo abatidos, mas ao mesmo tempo submissos e, em geral, sem praticamente nenhum tipo de protesto” (SIMON, 1985a, pp. 56-57).

52 ANGERMUND, 1990, p. 231 *et seq.*; SIMON, 1985b, p. 113 e STAFF, 1978, p. 65 *et seq.*

que não se podia considerar antijurídico seu trabalho de aplicar as normas jurídicas vigentes, por mais horrível que fossem seus conteúdos. Assim, para desautorizar tal argumento, a estratégia que melhor se encontrou foi negar a condição de direito a normas que permitiam, por exemplo, severas condenações por delitos como o de “ofensa à raça” (*Rassenschande*). Se a base das condenações era a autêntica legalidade, não cabia condenar esses juízes como culpados de homicídio ou privação ilícita de liberdade. Mas ao se fazer acreditar que tais normas não eram verdadeiro direito, deixavam os juízes de contar com tal excludente.

Radbruch foi o autor que sintetizou para a posteridade a ideia de que um direito injusto continua sendo direito se foi criado conforme os padrões formais e procedimentais estabelecidos no sistema jurídico. Contudo, se o grau de injustiça das normas alcança graus aberrantes, elas perdem sua validade devido à extrema injustiça. Radbruch, que antes do nazismo se havia alinhado nas fileiras positivistas e que durante a guerra permaneceu na Alemanha privado de sua cátedra,<sup>53</sup> abraçava assim, levado

---

53 Mas não no ostracismo. Em 1934 ele publicou uma biografia de Paul Johann Anselm von Feuerbach; em 1938, a obra *Elegantiae juris Criminalis* e, em 1944, *Gestalten und Gedanken* (HASSEMER, 1990, p. 2). Não olvidemos, tampouco, que seu texto *Der Relativismus in der Rechtsphilosophie* é de 1934. Nele, Radbruch defende o relativismo diante dessa época na qual se tinha instaurado a fé em “valores absolutos”. Radbruch opõe o relativismo frente ao jusnaturalismo, por ser esta uma doutrina que concebe a existência de uma ideia de direito justo perfeitamente cognoscível e objetiva. Por outro lado, o que se comprova é que em cada sociedade há uma ideia culturalmente determinada do que seja o justo. Entre distintos sistemas de valor não há possibilidade de discernir a verdade sem que haja outro juiz possível além da consciência de cada indivíduo. É exatamente o relativismo que justifica o respeito de cada um à consciência moral dos demais, e Radbruch dá como exemplo de tal atitude a de Kelsen, entre outros. Ante a impossibilidade de saber de modo objetivo o que seria o justo, não há mais do que o direito positivo enquanto meio de coordenação coletiva (RADBRUCH, 1990, p. 17 *et seq.*): “O relativismo desemboca no positivismo” (RADBRUCH, 1990, p. 18). Contudo, partindo-se do relativismo não é possível ver na ação do legislador nenhuma suprema verdade, mas mero ato de autoridade. Por isso, “o relativismo desemboca no liberalismo” (RADBRUCH, 1990, p. 19) e “no Estado de Direito”, em que, ademais, o legislador está submetido à lei e vigora a separação de poderes (RADBRUCH, 1990, p. 19). Se a lei não representa a expressão de nenhuma suprema verdade é porque todas as opiniões merecem igual dignidade e respeito. Todos os cidadãos, pensem como pensem, têm de ser tratados enquanto iguais. Em consequência, o relativismo exige um Estado democrático e “a democracia, por sua parte, pressupõe o relativismo”, tal como tem destacado Kelsen “de maneira contundente e convincente” (RADBRUCH, 1990, p. 20). Na democracia pode-se também defender a ditadura, mas não pode a democracia tolerar a renúncia à soberania popular e aí está o limite: “O relativismo é tolerância geral, mas não tolerância frente à intolerância” (RADBRUCH, 1990, p. 21). Devem ser neutralizados todos os poderes irracionais para que se realize o poder das ideias e, portanto, “o relativismo desemboca no socialismo” (RADBRUCH, 1990, p. 21). Radbruch conclui seu escrito assim: “Partimos da impossibilidade de se conhecer o direito justo e acabamos invocando importantes conhecimentos sobre o direito justo. Extraímos do relativismo consequências absolutas, concretamente as tradicionais exigências do direito natural clássico. Por uma via contrária ao princípio metodológico do direito natural, conseguimos fundamentar as exigências objetivas do direito natural: direitos humanos, Estado de Direito, separação de poderes e soberania popular. Liberdade e igualdade, as ideias de 1789, ressurgem a partir da corrente cética na qual pareciam sucumbir. São o indestrutível fundamento do qual podemos nos afastar, mas ao qual sempre temos que retornar” (RADBRUCH, 1990, p. 22). Difícilmente se encontrará uma síntese melhor do que Kelsen escreveu em 1921 na sua obra *Essência e Valor da Democracia*. Arthur Kaufmann, discípulo e biógrafo de Radbruch, pergunta-se porque ele não emigrou quando o nazismo chegou ao poder, dado que nunca comungou com suas ideias. Só passou em Oxford um ano, entre 1935 e 1936. Com a emigração ele teria inclusive evitado

por motivos pragmáticos e políticos, a tese antipositivista de que a moral condiciona a validade das normas jurídicas. Todavia, dessa maneira cristalizou-se para a posteridade a falsa impressão de que o positivismo seria o responsável pelas arbitrariedades jurídicas do nazismo. Desse modo, uma simples estratégia para permitir a condenação, ainda que apenas moral, de certos juízes e funcionários nazistas transformou-se em acusação contra o positivismo.<sup>54</sup> Na realidade, o que se pretendia era desautorizar o forçado argumento positivista utilizado pelos réus, não lançar sobre o positivismo as culpas pela atuação de juízes e funcionários que sempre abominaram Kelsen e qualquer positivismo. Ora, a estratégia de Radbruch tem uma carga ambivalente. Ao insistir em que os juízes estavam obcecados pela influência do positivismo e eram, em consequência, incapazes de entender que o grau de injustiça daquele direito os dispensava de toda obrigação jurídica ou moral de aplicá-lo, Radbruch ofereceu-lhes o argumento decisivo para afirmar que, ainda que suas ações fossem objetivamente antijurídicas, faltava-lhes o elemento subjetivo do dolo e, portanto, não deviam ser condenados, ao menos quando tivessem se limitado a aplicar a legislação nazista em seus próprios termos, sem deles se afastar.<sup>55</sup>

Segundo Radbruch, a promulgação formalmente válida de uma lei é condição necessária de sua validade, mas não condição suficiente. Também se requer que o conteúdo da norma legal não vulnere certos princípios morais presentes na consciência da humanidade em determinado momento histórico e que, no século XX, sintetizam-se na ideia de direitos humanos. Nos direitos humanos expressa-se contemporaneamente uma ideia de justiça que nenhum direito positivo pode negar sem perder sua validade,

---

a morte de um filho na guerra. Permanece Kaufmann com a dúvida, pois Radbruch nunca explicou por escrito e nem a seus discípulos as razões de sua decisão (KAUFMANN, 1987, p. 145).

54 Como assinala Thomas Mertens, essa doutrina de Radbruch estaria mais motivada por necessidades práticas – a de permitir as condenações dos nazistas – do que por propósitos teóricos. Tratava-se de evitar que se estendesse um véu de impunidade sobre o passado (MERTENS, 2003, pp. 278-279).

55 PAULSON, 1994, p. 327 *et seq.* e 338 *et seq.* Assim podemos entender as palavras de Monika Frommel quando sinteticamente aduz que: “Após o estabelecimento do nazismo, Radbruch se cala. Depois de 1945, ele tenta compreender o melhor possível e condenar o menos possível os que se adaptaram” (FROMMEL, 1989, pp. 45-46). Ortiz de Urbina ressaltou que: “Lo más grotesco es que Radbruch, víctima personal de la persecución nacional-socialista, acabó facilitando la transición al nuevo estado de cosas de numerosos juristas que, por las circunstancias que fuera, manifestaron su apoyo al régimen nazi” (URBINA, 2007, p. 89). Nessa obra de Ortiz de Urbina as teses de Radbruch são rebatidas de maneira muito competente, tanto a afirmação empírica de que entre os juízes alemães dominava o positivismo quanto a tese conceitual de que o positivismo lhes impedia de se opor aos desígnios do nazismo (URBINA, 2007, p. 77 *et seq.*).

ou seja, sua condição de direito. O mais citado parágrafo de Radbruch sobre a questão é o seguinte:

O conflito entre justiça e segurança jurídica poderia ser solucionado dando prioridade ao direito positivo, enquanto assegurado pela promulgação e o poder, ainda quando seu conteúdo seja injusto e inapropriado. Por outro lado, pode-se entender que, quando a contradição da lei positiva com a justiça alcança uma proporção insuportável, tem-se que a lei, enquanto “direito injusto”, deve ceder diante da justiça. É impossível traçar uma linha precisa entre uma lei que, por sua injustiça, não seja direito, e outra que, apesar de seu conteúdo de injustiça, seja, contudo, uma lei válida. Mas uma fronteira entre ambas pode ser estabelecida com toda precisão: quando nem sequer se pretende a justiça, quando a igualdade – que constitui o núcleo da justiça – é conscientemente vulnerada ao se promulgar o direito positivo, a lei não é meramente direito injusto, mas perde completamente sua natureza de direito. Pois o direito – inclusive o direito positivo – não pode definir-se senão como uma ordem e uma prescrição que, por seu sentido imanente, está determinado a servir à justiça. Medido com esse padrão, boa parte do direito nacional-socialista não alcançou nunca a dignidade de direito válido.<sup>56</sup>

Eis o que passaria para a história como a “fórmula de Radbruch”, de grande influência em autores contemporâneos como Robert Alexy.<sup>57</sup> Com o objetivo de questionar a tese positivista da validade jurídica, Radbruch une-se à ideia de que o positivismo, com sua afirmação de que “a lei é a lei”, teria dominado indiscutivelmente os juristas alemães, deixando indefesa a doutrina jurídica.<sup>58</sup> Os partidários do positivismo não tinham mais

56 RADBRUCH, 1990, p. 89. Esse trabalho foi originalmente publicado em 1946 e a tradução acima é nossa. É tarefa extraordinariamente difícil e delicada a de traduzir parágrafos como esse, decisivos na obra de um autor e nos que algum matiz pode ser absolutamente determinante.

57 Entre as numerosas referências em Alexy, cf. ALEXY, 1999, p. 40 *et seq.* Sobre a aplicação da “fórmula Radbruch” às autoridades e ao pessoal de segurança da antiga República Democrática Alemã no caso dos chamados “atiradores do Muro de Berlim”, cf., entre a abundante literatura, ALEXY, 2000, p. 197 *et seq.*; FROMMEL, 1993, p. 81 *et seq.* e VALLALLI, 2001.

58 “El nacionalsocialismo se aseguró la sujeción de los soldados, por un lado, y de los juristas, por otro, sobre la base de los principios ‘Las órdenes son órdenes’, que se aplicaba a los primeros, y ‘ante todo se han de cumplir las leyes’, que se refería a los segundos. Sin embargo, el lema de ‘las órdenes son órdenes’ no rigió nunca sin limitaciones [...]. En cambio, al principio de que ‘ante todo se han de cumplir las leyes’ no se le puso ninguna limitación. Sino que era la expresión del positivismo jurídico, que, durante siglos, se impuso casi sin ninguna contradicción, entre los juristas alemanes” (RADBRUCH,



remédio além de reconhecer que até a lei mais iníqua é direito.<sup>59</sup> Trata-se de mais um dos muitos paradoxos na história do pensamento jurídico, pois esse Radbruch que havia sido positivista quando quase ninguém o era – ao menos no sentido do positivismo kelseniano – e que certamente percebeu que a doutrina nacional-socialista rechaçava tal positivismo do modo mais virulento, acabou concordando com suas teses de culpabilização genérica e acrítica do positivismo. O nazismo expulsou de suas cátedras tanto o positivista Radbruch quanto o positivista Kelsen, este forçado ao exílio, enquanto que no nazismo engordavam aqueles que, como Carl Schmitt, sempre haviam se proclamado antipositivistas e antikelsenianos.<sup>60</sup> A afirmação de que o positivismo foi dominante em Weimar e nos tempos de Hitler não se sustenta historicamente, pouco importa quem a defenda, seja

---

1990, p. 83. Citamos a tradução castelhana de J. M. Rodríguez Paniagua: RADBRUCH, 1971, p. 3).

59 RADBRUCH, 1972, p. 2. Esse texto de Radbruch foi originalmente publicado em 1947. Acrescenta Radbruch: “A ciência jurídica tem de retornar ao milenar saber da Antiguidade, da Idade Média cristã e da época da Ilustração e tomar consciência de que há um direito mais alto do que a lei, um direito natural, um direito divino, um direito da razão, em resumo, um direito supralegal sob cuja medida a injustiça nada mais é do que injustiça, ainda que sob a forma da lei, e ante a qual uma sentença judicial baseada em tal lei injusta não é verdadeira decisão jurídica, verdadeira jurisprudentia, nada sendo além de não direito [*Unrecht*], ainda quando ao juiz, devido à sua educação jurídica positivista, não se lhe possa atribuir culpa pessoal” (RADBRUCH, 1972, p. 2). Esse último matiz no que se afirma que os juízes não eram pessoalmente culpáveis devido a fato de não conhecerem outro direito além do positivo, tendo sido formados no positivismo, levou alguns autores a entenderem que Radbruch estava propondo uma atenuação da responsabilidade moral e jurídica da magistratura, pretendendo também propugnar uma mudança no modelo educativo dos juristas (MERTENS, 2003, pp. 292-293). Na realidade, a posição de Radbruch no que concerne à responsabilidade dos juízes é bastante equívoca; por um lado, ele ressalta que não eram jurídicas muitas daquelas normas aberrantes que aplicavam, mas, por outro, abre uma via de exculpação que será constantemente usada na jurisprudência posterior, ao assinalar que, por suas convicções positivistas, os juízes poderiam carecer da consciência da antijuridicidade ou que, inclusive, o medo poderia ter-lhes levado a atuar em estado de necessidade. Assim, Radbruch presta pouco serviço à justiça, já que sabemos quanto de falsidade há na suposta ideologia positivista, salvo se nos referimos ao positivismo estatista e metafísico antikelseniano. Ademais, investigações posteriores demonstraram categoricamente que não se configuravam os requisitos do estado de necessidade, pois não eram sancionados, com nenhuma gravidade, os poucos juízes que abdicavam ou que, de outro modo, faziam um uso alternativo do direito (MÜLLER, 1989, p. 197 *et seq*). Sobre a escassíssima resistência judicial, em que se pese a lenda que sobre o assunto propagaram, nos anos cinquenta, autores como Schorn ou Weinkauff, cf. ROTTLEUTHNER, 1987, p. 386. Mas leiamos Radbruch sobre tal tema: “La punibilidad de los jueces por asesinato presupone a su vez que hayan quebrantado el Derecho (arts. 336 y 344 del Código Penal). Porque, en efecto, el juicio de un juez independiente sólo puede ser objeto de un castigo cuando no haya cumplido con el principio fundamental a que tiene que acomodarse esa independencia: la sumisión a la ley, es decir, al Derecho. Si, de acuerdo con los principios que hemos desarrollado, se puede afirmar que la ley que se aplicó no constituye Derecho, como, por ejemplo, en el caso de una pena de muerte encomendada a la libre apreciación, sino que más bien había escarnio de cualquier intención de acomodarse a la justicia, estamos ante un caso de objetiva violación del Derecho. Pero ¿podrían incurrir en el dolo de violación del Derecho al aplicar las leyes positivas unos jueces que estaban tan imbuidos por el positivismo jurídico dominante, que no conocían más Derecho que el establecido en las Leyes? Aun admitiéndolo, les quedaría todavía como último recurso, aun cuando bien lamentable, invocar el peligro de muerte en que se hubieran metido, dada la concepción del Derecho nacionalsocialista, es decir, la ausencia de Derecho a pesar de las leyes: el recurso al estado de necesidad del artículo 54 del Código de Derecho Penal; del que decimos que sería bien lamentable, porque el *ethos* del juez debe estar orientado por la justicia a toda costa, aun la de la propia vida” (RADBRUCH, 1990, pp. 91-92. Utilizamos a tradução castelhana: RADBRUCH, 1971, pp. 18-19).

60 MERTENS, 2003, p. 282.

Radbruch ou qualquer outro, salvo se, como afirma Mertens, definamos o positivismo enquanto uma doutrina que advoga a necessária obediência ao direito positivo pelo simples fato de ser positivo, ideia que, por exemplo, jamais foi postulada por Kelsen. Há inclusive autores que veem na crítica de Radbruch<sup>61</sup> uma autocrítica dedicada àquele fragmento de sua *Rechtsphilosophie* no qual ele sustenta, antes do nazismo, que o juiz deve aplicar a lei ainda que seu conteúdo seja contrário aos ditados de sua consciência sobre a justiça.<sup>62</sup> Também se pode conjecturar que o positivismo que Radbruch ataca – com sua insistência de que o positivismo põe o direito aos pés do puro poder estatal, pretendendo no fundo legitimar a obediência ao Estado enquanto ente absoluto – é aquele positivismo autoritário que realmente teve grande presença na Alemanha,<sup>63</sup> o positivismo do direito do Estado e não o do Estado de Direito.

Em qualquer caso, com autores como Larenz ou Weinkauff, entre tantos outros, e, por outro lado, com Radbruch, consolidou-se a confusão que passaria para a história. Trata-se da confusão entre validade jurídica e obrigação moral. Quando o positivismo kelseniano traçou sua teoria de validade do direito, ele pretendeu simplesmente oferecer um critério que permitisse diferenciar o direito dos demais sistemas normativos, ou seja, distinguir, no plano da descrição, as normas jurídicas das normas morais ou religiosas e dos usos sociais etc. Todavia, em virtude da separação con-

---

61 WALTHER, 1989.

62 “Para o juiz, é obrigação profissional fazer valer a vontade de validade da lei, sacrificar seu sentimento jurídico ante o imperativo legal, perguntar-se só o que é jurídico e, em nenhum caso, se é justo [...] Desprezamos o sacerdote que predica contra suas próprias convicções, mas elogiamos o juiz que não deixa que sua fidelidade à lei se veja eclipsada por seu sentimento jurídico de signo contrário” (RADBRUCH, 1973, p. 178). Em qualquer caso e em meio ao debate sobre o melhor modo de se entender a filosofia jurídica de Radbruch antes e depois do nazismo, é importante assinalar, como faz Ian Ward, que Radbruch não facilitou o nazismo com sua doutrina primeira (WARD, 1992, p. 203), nem se converteu ao jusnaturalismo em sentido estrito (WARD, 1992, pp. 197-199).

63 Rottleuthner, por exemplo, defende tal tese. Depois de fazer ver que o Radbruch posterior a 1945 ataca três conceitos divergentes de positivismo jurídico, afirma que a opinião segundo a qual o positivismo tinha sido dominante na Alemanha de Weimar só pode ser entendida com referência ao fato de que “a grande maioria dos juristas eram representantes do positivismo em sua variante autoritária, e não no sentido de que entendessem que cada um deve atuar em conformidade com o legislador. Em razão de sua postura autoritária e conservadora proveniente do Império, tais juristas comportavam-se frente ao legislador parlamentar e republicano de maneira reticente ou com rechaço, pois tal legislador não correspondia ao modelo do Estado monárquico autoritário” (ROTTLEUTHNER, 1987, p. 381). Sobre os três tipos de positivismo presentes em Radbruch, cf. ROTTLEUTHNER, 1987, p. 376. Segundo Dieter Simon: “Pode-se considerar como um fato – que inclusive era indiscutível para os contemporâneos – que a jurisprudência da república de Weimar mostrava em seu conjunto uma atitude bastante reservada diante do novo Estado, compreendendo em seu espectro desde a antipatia a contragosto até a hostilidade aberta. A frequentemente citada sabotagem da lei de proteção à república (*Republikenschutzgesetz*) efetivada pelas miseráveis sentenças que declaravam a ausência de caráter injurioso de expressões como “república judia” ou das constantes injúrias à bandeira continua sendo o melhor testemunho disso” (SIMON, 1985a, pp. 52-53).

ceitual entre direito e moral, o positivismo dava por estabelecidas duas teses que devem ser cuidadosamente diferenciadas. A primeira afirma que as normas de validade são estabelecidas autonomamente por cada sistema normativo, de modo que uma norma jurídica não deixa de ser jurídica pelo fato de ter conteúdo imoral, da mesma maneira que uma norma moral não deixa de ser moral, quer dizer, válida conforme o correspondente sistema moral, pelo fato de seu conteúdo ser antijurídico. A segunda aduz que a constatação que um sujeito – um cidadão ou um juiz – realiza em sua consciência, vendo em certa norma uma norma efetivamente jurídica, não vale enquanto critério de resolução do possível conflito moral que a esse sujeito se apresente se, ao mesmo tempo, entende que o mandamento contido nessa norma jurídica é contrário ou, mais ainda, radicalmente contrário à moral que adote como objetivamente verdadeira ou que simplesmente aplique como guia de sua consciência. Que uma norma seja juridicamente válida significa tão só que, conforme o direito, há uma obrigação jurídica de se seguir tal norma. Mas isso não passa de mera tautologia, pois se afirma que as normas jurídicas obrigam juridicamente. Da mesma maneira, as normas morais obrigam moralmente. Um positivismo como o de Kelsen nunca deu um passo a mais para afirmar a existência de uma obrigação moral de obedecer às normas jurídicas, do mesmo modo que não há para o sujeito uma obrigação jurídica geral de obediência às normas morais. Se sob o nazismo existiram pessoas que entenderam que estavam moralmente compelidas a obedecer às normas jurídicas do dito regime, tal se deu pela alta estima moral em que o tinham ou porque, em sua particular consciência, tais preceitos jurídicos eram dignos de obediência devido ao seu elevado conteúdo de justiça, mas jamais se poderá defender, sem grave desfiguração da realidade, que Kelsen sustentou que se está moralmente obrigado a render obediência às normas desse ou de qualquer outro direito pelo simples fato de serem jurídicas. Era o outro positivismo – o estatista, o do direito do Estado – que, sobre a base da qualificação metafísica e moral do Estado, pensava que os cidadãos – meras células da comunidade estatal e nacional – deviam subordinar-se plenamente aos desígnios dessa suprema instância político-jurídica. É esse positivismo metafísico e autoritário que vemos nos textos dos autores do nazismo. Só esse culmina na exaltação comunitária e na submissão do cidadão ao poder.

Não se pode perder de vista que nos dias em que Radbruch apresenta sua nova posição, a capacidade explicativa e fundamentadora da teoria jurídica estava mais do que ultrapassada. Ao fim e ao cabo, Radbruch – e também os professores que, à diferença dele, militaram no nazismo – não deveria ter esquecido que as frequentes invocações ao jusnaturalismo em tempos de Weimar – e inclusive depois de 1933 – não tinham contribuído com grande coisa para frear o entusiasmo doutrinário e judicial diante dos ditados de Hitler. Era necessário iniciar uma nova etapa política e acadêmica. Enquanto os acadêmicos que buscavam escusa para seu anterior apego ao nazismo proclamavam-se positivistas com efeitos retroativos e jusnaturalistas para o futuro, outros pretendiam encontrar fundamento jurídico para reações como aquelas refletidas no Tribunal de Nuremberg, e aqui, sim, sem dúvida, utilizando argumentos positivistas como as condenações que tinham que ser vistas como atentatórias ao princípio da legalidade penal, pois nem no direito alemão e nem no direito internacional da época se podia encontrar base suficiente para sustentá-las. Com esquemas juspositivistas, provavelmente teria que se tornar aceitáveis absolvições moral e politicamente intoleráveis. Lançar mão do jusnaturalismo para justificar os castigos parece mais funcional, mas sob o preço de voltar a tornar as teses jusnaturalistas perfeitamente aptas para quaisquer usos que se lhes queira dar. Era talvez o momento de se fazer justiça à margem do direito e não a partir do direito, por mais que, por óbvias razões políticas, não se quisesse deixar explícito que a doutrina jurídica pouco pode contribuir nessa matéria, devendo a força agir livremente, em especial contra os que, como Hitler e sua camarilha, jamais respeitaram a lei e seus atributos formais.<sup>64</sup>

---

64 São de grande interesse as considerações críticas de Kelsen sobre o Tribunal de Nuremberg. Cf. KELSEN, 1947, p. 153 *et seq.* Citamos a edição italiana: KELSEN, 1990, p. 141 *et seq.* Um bom resumo da posição de Kelsen pode ser lida no estudo introdutório de Luigi Ciaurro à dita edição. Danilo Zolo resume assim o tema: “Finalizada la guerra mundial, el primer paso hacia la paz debería ser, por tanto, la institución de una Corte de justicia internacional, titular de una jurisdicción obligatoria: todos los Estados que se adhieran al tratado deberían obligarse a renunciar a la guerra y a las represalias como instrumentos de regulación de los conflictos, a someter sus controversias a la decisión de la Corte y a aplicar fielmente sus sentencias. Kelsen pensaba que un tratado de este tipo debería ser suscrito, ante todo, por las potencias vencedoras, incluida la Unión Soviética, y que posteriormente podrían ser admitidas también las potencias del Eje, una vez desarmadas y sometidas a rigurosos controles políticos y militares. Y no había razón para temer que las grandes potencias, una vez suscrito el Pacto, no respetarían las decisiones de la Corte o no la habrían respaldado con su fuerza militar para hacer valer sus sentencias. Ni tenía mucho sentido sostener que, de este modo, se habría ratificado, en el plano jurídico, su hegemonía política y militar. En realidad, las grandes potencias se habrían hecho garantes del derecho internacional: habrían sido ‘el poder que está detrás de la ley’. Al aceptar las reglas del pacto y al hacerlas observar, las grandes potencias se habrían comprometido a ejercer su inevitable preponderancia según los cauces del derecho internacional, y no de forma arbitraria. [Kelsen] considera que uno de los medios más eficaces para garantizar la paz internacional es la aprobación de reglas que establezcan la responsabilidad individual de quien, como miembro de gobierno o agente del Estado, haya recurrido a la

No puro estado de natureza não há propriamente nem direito positivo e nem direito natural, só a lei do mais forte. O direito apenas adquire sentido e somente pode cumprir sua tarefa quando abandona o mais brutal estado de natureza.

Como quer que seja, os debates entre positivistas como Kelsen ou Hart e jusmoralistas a propósito da validade jurídica têm toda razão de ser e constituem uma peça essencial da teoria do direito. Mas talvez se conceda importância excessiva à dimensão prática ou política da disputa. Como sustentou Georges Vedel, ser positivista ou jusnaturalista não muda em grande coisa a atitude de um homem honesto diante de uma lei iníqua, “não muda nada quanto à dificuldade de se definir a iniquidade; não muda nada quanto ao dever de se lhe resistir [...]. O juiz chamado a aplicar uma lei iníqua, se é positivista puro e duro, se demite. Sendo jusnaturalista, permanece em seu cargo e a declara nula”, mas nenhum deles a aplicaria honestamente.<sup>65</sup>

Ainda se poderia acrescentar que nada impede que quem mantenha uma concepção positivista em teoria do direito decida, sendo juiz, fazer um uso alternativo do direito e assim sabotar, a partir de seu posto, o sistema político-jurídico iníquo. Para desobedecer consciente e deliberadamente uma norma, seja como funcionário, juiz ou cidadão, não é de modo algum imprescindível ser jusmoralista, nem estar convencido de que a mo-

---

guerra en violación del derecho internacional, es decir, del principio del *bellum iustum*. La Corte, por tanto, tendrá que autorizar no sólo la aplicación de sanciones colectivas a los ciudadanos de un Estado según su ‘responsabilidad objetiva’, sino que también tendrá que someter a juicio y castigar a los ciudadanos concretos personalmente responsables de crímenes de guerra. Y los Estados estarán obligados a entregar a la Corte a sus ciudadanos inculcados. Estos podrán ser sometidos a sanciones, incluida en ciertas condiciones la pena de muerte, aún violándose el principio de irretroactividad de la ley penal, con la única condición de que el acto, en el momento de su cumplimiento, fuese considerado injusto por la moral corriente, aunque no estuviese prohibido por ninguna norma jurídica. Partiendo de estas premisas, Kelsen no puede evitar criticar, en *Peace through Law*, el propósito expresado por las potencias aliadas de constituir un Tribunal internacional que debería haber estado compuesto sólo por jueces pertenecientes a las potencias vencedoras – con la exclusión también de representantes de Estados neutrales – y que habría sido competente para juzgar a los criminales nazis, es decir, a los vencidos. Kelsen vuelve sobre el tema, de modo aún más severo, en un escrito de 1947 dedicado a una crítica de los procedimientos y las decisiones adoptadas en los Juicios de Nüremberg. El castigo de los criminales de guerra, afirma Kelsen, debería ser un acto de justicia y no la continuación de las hostilidades mediante instrumentos formalmente judiciales pero dirigidos realmente a satisfacer la sed de venganza. Y es incompatible con la idea de justicia que sólo los Estados vencidos sean obligados a someter a sus ciudadanos a la jurisdicción de una Corte internacional para el castigo de los crímenes de guerra. También los Estados vencedores deberían haber transferido la jurisdicción sobre los propios ciudadanos, que hubiesen violado las leyes de guerra, al Tribunal de Nüremberg, que debería haber sido una sede judicial independiente e imparcial y no una corte militar o un tribunal especial. No hay ninguna duda de que, para Kelsen, también las potencias aliadas habían violado el derecho internacional. Sólo si los vencedores se someten a la misma ley que pretenden imponer a los Estados derrotados, advierte Kelsen, se salva la naturaleza jurídica, es decir, la generalidad, de las normas punitivas y se salva la idea misma de justicia internacional” (ZOLO, 2005, pp. 37-38).

65 VEDEL, s/d, p. 70. No mesmo sentido: BARATTA, 1968, p. 330.

ral própria é a única moral verdadeira e parte essencial de todo direito que verdadeiramente seja jurídico. Entre decência moral e vinculação teórica em matéria de validade cabem todas as combinações possíveis, como bem ensina a história. Afinal, pode-se ser indecente e jusmoralista, indecente e juspositivista ou decente e qualquer uma dessas duas coisas. Os juristas do nazismo, tão apegados a Hitler e à exaltação da raça, eram certamente indecentes e, além disso, não eram positivistas kelsenianos. Nenhuma dúvida pode pairar sobre tal conclusão.

Vale a pena que nos demorem na tradução e citação de alguns significativos parágrafos de Ingo Müller:

Para o “ordenamento jurídico” do império nazista, a estrita vinculação da magistratura à letra da lei teria sido um freio, uma limitação ao poder estatal. Por isso o juiz se declarava expressamente ligado à “lealdade ao *Führer*”, não sendo fiel à lei. Acolher a letra da lei, ao contrário, considerava-se como algo “típico do pensamento jurídico e moral liberal-judaico” e nada menos que a Sala Penal do Tribunal do *Reich*, sob a presidência de Bunke, advertiu assim à magistratura alemã: “A tarefa que o Terceiro *Reich* põe à jurisprudência dos tribunais só pode ser satisfeita se, na interpretação das leis, ela não se ativer a seu teor literal, mas sim penetrar em sua essência e tratar de colaborar para que sejam realizados os fins do legislador”. Ainda que na época do nazismo – e, sobretudo, depois – qualquer jurista soubesse perfeitamente que a doutrina jurídica nacional-socialista era exatamente o oposto do positivismo jurídico, a afirmação de que os juízes alemães não haviam feito mais do que seguir a lei, como tinham sido adestrados pelos professores democratas da República de Weimar, funcionou como exculpação universal [...]. Não está claro quem foi o inventor dessa lenda da fidelidade dos juristas nazistas à lei, lenda que se lançou contra os professores democratas da época de Weimar como Gustav Radbruch, Gerhard Anschütz e Hans Kelsen, cientistas que em 1933 perderam suas cátedras. O professor Jahrreiss utilizou tal argumento em sua defesa dos acusados no julgamento dos juristas em Nuremberg [...]. Essa explicação da decadência do direito sob o nacional-socialismo estendeu-se rapidamente. O antigo

presidente da *Landgericht*, Hubert Schorn, declarou responsável a “educação positivista” dos juristas. Hermann Weinkauff [...] enumerou a arbitrariedade judicial e o crime judicial como “efeitos devastadores do positivismo jurídico”. Hans Welzel, um dos penalistas ideólogos da ditadura de Hitler, apelou à tão citada frase de Radbruch (“elogiamos os sacerdotes...”) para proclamar pateticamente o seguinte: “Esse escrito é de 1932! Não podemos nos esquecer que os juristas alemães, formados em tais doutrinas, se encontraram com o Terceiro *Reich*. O Terceiro *Reich* levou realmente a sério a doutrina positivista”.

O próprio Welzel deveria ter se recordado do que ele mesmo escreveu em 1935, quando proclamava que “o pensamento concreto de ordem deve ser contemplado como uma unidade [...] em que a comunidade popular, com as necessidades da concreta situação histórica, encontra seu consentimento, o que, no campo jurídico, refere-se à vontade expressada pelo *Führer*, ou seja, a lei”.<sup>66</sup> Continua Müller: “Mentira deliberada ou ocultamento? A fábula do positivismo, que tem todas as características de uma caricatura, foi adotada com prazer especialmente por aqueles juristas que deveriam responder por crimes cometidos na época nazista, e os tribunais aceitaram a dita desculpa com a melhor disposição”.<sup>67</sup>

Ainda há mais. Na opinião de Müller, essa falsidade histórica que inocentava os juristas nazistas e desacreditava os professores democratas tinha uma vantagem adicional: “Dado que não havia certeza de que o novo legislador democrático não empreendera reformas sociais fundamentais, questionava-se preventivamente a obediência dedicada ao mesmo alegando que já se havia visto no Terceiro *Reich* ao que poderia conduzir a obediência incondicionada ao legislador”.<sup>68</sup>

Como conclusão desta primeira parte, poderíamos sugerir a seguinte pergunta: alguém já viu uma ditadura kelseniana? Pode-se mostrar um só exemplo de regime ditatorial ou tirânico que proclame, como sua doutrina jurídica, o positivismo kelseniano, e que eduque seus juristas na estrita observância dos princípios de tal positivismo? Ao contrário, encontraremos uma infinidade de ditaduras – como a de Franco e as latino-americanas –

<sup>66</sup> MÜLLER, 1989, pp. 222-224.

<sup>67</sup> MÜLLER, 1989, p. 224.

<sup>68</sup> MÜLLER, 1989, p. 225.

que fazem profissão de fé jusnaturalista, discriminando e perseguindo os positivistas. Então, por que a reiterada insistência segundo a qual se deve a Kelsen a teoria do direito que melhor serviria aos propósitos antidemocráticos e ditatoriais do poder estatal? A hipótese explicativa seria a seguinte: conhecidas as circunstâncias sob as quais tal imputação foi gestada na Alemanha, só haveria que se insistir na utilidade que o antikelsenismo representou para os poderes que frequentemente pretendem se legitimar mediante apelações a metafísicas semelhantes às que Kelsen impiedosamente criticava, tais como o direito natural – religioso ou não –, o espírito do povo, a essência da nação e tantas outras enteléquias que governaram o pensamento e a prática política de boa parte do século XX e que só uns poucos pensadores atrevidos e adiantados diante de seu tempo souberam questionar: Isaiah Berlin, George Orwell, Albert Camus, Raimond Aron... Kelsen. E o destino de todos foi o mesmo: ser objeto de desqualificação e desfiguração por quantos autoritarismos têm havido, sejam de direita ou de esquerda.

### **3. TRÊS GRANDES MENTIRAS SOBRE KELSEN E SUA OBRA**

#### **3.1. Proclamava Kelsen que a aplicação das normas jurídicas era uma simples subsunção automática, nada mais do que um elementar silogismo?**

Não é pouco frequente que, na polêmica jusfilosófica, as posturas do rival sejam tergiversadas e reduzidas a uma muito elementar caricatura. Tal ocorre, por exemplo, quando o positivismo rotula de simples jusnaturalismo a doutrina jusmoralista de autores como Dworkin ou Alexy, para mencionar duas grandes figuras do debate contemporâneo. Ao fazê-lo, omite as cruciais diferenças existentes entre o jusnaturalismo propriamente dito e outras teorias que, ainda que vinculem a validade das normas jurídicas à sua compatibilidade com certos preceitos morais, não sustentam que a dita moral seja universal e imutável e se encontre gravada na natureza humana, seja por Deus ou pela constituição básica do homem. E o mesmo acontece quando vemos tantos antipositivistas de hoje despaçarem Kelsen, Hart ou Bobbio, vistos como defensores do positivismo ideológico – ou seja, da obrigação moral de obedecer toda norma jurídica pela simples razão de ser jurídica –, como pouco leais às regras do jogo



democrático e como negadores da discricionariedade judicial, que seria substituída por uma visão da decisão do juiz enquanto algo inteiramente determinado pelos puros termos dos enunciados legais. Contudo, se bem considerada, tal acusação se inverte. Com efeito, são muitos desses jusmoralistas contemporâneos os que negam a discricionariedade judicial, rendendo reverência a autoritarismos sem propósito, legitimando ditaduras entendidas como quintessências da justiça jusnaturalista – na Espanha, sem ter que ir muito longe, não devemos nos esquecer de nossa própria história doutrinária – e proclamando que, dado que a norma muito injusta não pode ser jurídica, toda norma jurídica é digna de obediência, ao menos *prima facie*, como tanto gosta de afirmar hoje em dia certa doutrina.

Para fazer Kelsen comungar com a teoria da decisão judicial própria do positivismo metafísico do século XIX é preciso forçar seus termos com autêntico dolo; mais ainda, é preciso não ter lido nem sequer a *Teoria Pura do Direito* por inteiro, pois em seu último capítulo – intitulado “A interpretação” – Kelsen expõe um ponto de vista que está nas antípodas dessa ideia e que melhor se vincularia ao irracionalismo próprio das correntes do chamado realismo jurídico.

Segundo Kelsen, “todo acto jurídico, sea un acto de producción de Derecho, sea un acto de pura ejecución, en el cual el Derecho es aplicado, sólo está determinado en parte por el Derecho, quedando en parte indeterminado. La indeterminación puede referirse tanto al hecho condicionante como a la consecuencia condicionada”<sup>69</sup> e tal indeterminação pode tanto obedecer a uma intenção do legislador quanto às peculiaridades de nossa linguagem, na qual as palavras geralmente padecem de ambiguidade e imprecisão. Dessa feita, o aplicador do direito “se encuentra ante varios significados posibles” da norma.<sup>70</sup> Também pode acontecer que, em determinado caso, concorram duas normas contraditórias presentes na mesma lei, ambas “con pretensión simultánea de validez”.<sup>71</sup> Nessas e em outras situações semelhantes o juiz vê-se inevitavelmente exposto à discricionariedade,<sup>72</sup> pois terá que eleger uma alternativa entre as concorren-

69 KELSEN, 1979a, p. 350.

70 KELSEN, 1979a, p. 351.

71 KELSEN, 1979a, p. 351.

72 “En todos estos casos el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible” (KELSEN, 1979a, p. 351) e, “por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una

tes, fazendo-o com base em preferências valorativas estritamente pessoais. Segundo Kelsen, são “a jurisprudência tradicional” e “a teoria usual da interpretação” as que querem

hacer creer que la ley, aplicada al caso concreto, siempre podría librar sólo una decisión correcta, y que la “corrección” jurídico-positiva de esa decisión tiene su fundamento en la ley misma. Plantea el proceso de interpretación como si sólo se tratara en él de un acto intelectual de esclarecimiento o de comprensión, como si el órgano de aplicación del Derecho sólo tuviera que poner en movimiento su entendimiento, y no su voluntad; y como si mediante una pura actividad del entendimiento pudiera encontrarse, entre las posibilidades dadas, una opción correcta según el derecho positivo, que correspondiera al derecho positivo.<sup>73</sup>

Kelsen estava falando da doutrina jurídica tradicional, mas lido com olhos de hoje, o trecho parece se referir a autores como Dworkin ou Alexy.

Nesse ponto impõe-se o relativismo axiológico de Kelsen, pois ele afirma que “no existe genéricamente ningún método – caracterizable jurídicopositivamente – según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el ‘correcto’”.<sup>74</sup> Escolher entre as interpretações possíveis de dada norma a que marque a pauta para o caso não é um ato de conhecimento, mas uma opção política do juiz, o qual, nesse momento, não conhece, não constata uma realidade objetiva exterior, mas manda, impõe sua vontade, e o faz inevitavelmente a partir de seu sistema de valores e de suas preferências pessoais:

La realización del acto jurídico dentro del marco de la norma jurídica aplicable es libre, es decir, librado a la libre discrecionalidad del órgano llamado a efectuar el acto, como si el derecho positivo mismo delegara en ciertas normas metajurídicas, como la moral, la justicia, etcétera; pero de ese modo esas normas se transformarían en normas jurídicas positivas.<sup>75</sup>

---

decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales [...] tienen el mismo valor, aunque sólo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación del derecho, en especial, en el acto del tribunal” (KELSEN, 1979a, p. 352).

<sup>73</sup> KELSEN, 1979a, p. 352.

<sup>74</sup> KELSEN, 1979a, p. 352.

<sup>75</sup> KELSEN, 1979a, p. 354.

Assim, não obstante o juiz deseje submeter sua decisão ao direito, tal direito só a determinará traçando uma moldura, um leque de possibilidades dentre as quais ele escolherá a que melhor se enquadra em sua moral e em seu senso de justiça.

Desse modo, voltemos às velhas imputações e, levando em conta que essas ideias de Kelsen vinham sendo expostas há muito tempo, perguntemo-nos: podiam os juízes nazistas se escudar afirmando que o positivismo do desprezado Kelsen lhes dizia que na lei a verdade não tem mais do que um caminho? Careciam de margem de manobra interpretativa para fazer as normas nacional-socialistas mais humanas, dado que não tinham a dignidade pessoal mínima para, como juízes, simplesmente não aplicá-las ou ao menos se demitirem de seus cargos? A resposta é mais que óbvia. De sua infâmia pessoal fizeram uma desculpa infame e culparam Kelsen, o judeu exilado.

Porém, há mais. Kelsen sustenta que as normas jurídicas têm tal grau de indeterminação que sempre é possível ao juiz ressaltar certa peculiaridade dos fatos para fazer com que o caso não se encaixe sob a norma que não deseja aplicar ou, inclusive, para que não lhe seja aplicável nenhuma norma e que, por se dar então uma lacuna, possa o juiz decidir criando a norma que melhor e mais justa lhe pareça. Ao analisar as consequências do famoso artigo 1º do Código Civil suíço, a teor do qual se o juiz não encontra lei ou costume aplicável, resolverá “segundo a regra que ele mesmo estabeleceria como juiz”, insiste Kelsen que admitir que, em caso de lacuna, o juiz pode decidir como se fosse o legislador, implica que ele pode decidir de acordo com seu livre arbítrio nos casos em que considere intolerável a aplicação da norma.<sup>76</sup> Se os juízes amiúde não fazem uso dessa possibilidade e não ultrapassam com muita frequência o marco de possibilidades dado pela lei é porque estão imbuídos da convicção de que devem se ater, o máximo e sempre que possível, aos termos da lei e aos limites que demarcam.<sup>77</sup> Segundo Kelsen, trata-se de uma convicção de natureza ideológica e que não é dada por uma teoria positivista da validade jurídica, mas por outros fatores que configuram as ideologias social e coletivamente dominantes. Aplicando tal ideia à atuação da magistratura sob o nazismo e recordando que o positivismo kelseniano nunca equi-

76 KELSEN, 1979a, p. 254 et seq.

77 AMADO, 1996, p. 158 et seq.

parou validade jurídica à obrigação moral de obediência – nem sequer à obediência judicial –, dever-se-ia averiguar de que fonte proveio o espírito de submissão daqueles juízes. A resposta, ao menos como hipótese, já foi indicada neste trabalho: essa mentalidade – esse deixar-se nas mãos do Estado – vinha exatamente daquele estatismo metafísico e organicista do qual havia mamado o autoritarismo. Os juízes nazistas desprezavam a democracia e adoravam o *Führer* porque consideravam esse demente ridículo como a pessoa mais apta para conduzir a Alemanha aos sonhados destinos de grandeza e império. Não eram positivistas, nem lhes preocupava de nenhum modo a teoria jurídica sobre a validade normativa; eram uns miseráveis pretensiosos, com ambição e vocação de lacaios de um Estado-pai representado por um filho espúrio, Hitler.

Detalhemos um pouco mais. A doutrina kelseniana não só é incompatível com a visão da aplicação do direito como mera subsunção, senão que o próprio Kelsen desautorizou reiteradamente a dita teoria da subsunção. Segundo Kelsen, a decisão judicial tem uma indubitável dimensão criativa, pois “la norma general nunca puede determinar de una manera *total* el acto jurídico que la ha de individualizar”.<sup>78</sup> Dessa maneira: “el contraste entre *creación y aplicación del Derecho* que suele expresarse en la oposición entre legislación y ejecución, entre *legis latio* y *legis executio*, no es en modo alguno rígido y absoluto, sino solamente la relación entre dos grados sucesivos del proceso productor del Derecho”.<sup>79</sup> Daí se segue também o fato de a sentença judicial não ter caráter “declarativo”, sendo, ao contrário, “*absolutamente constitutiva* del derecho, es productora de derecho en el propio sentido de la palabra”.<sup>80</sup>

Ademais, Kelsen afirma que, ao ver o juiz como mero autômato, a doutrina da aplicação do direito enquanto pura subsunção coincide com “a ideologia da monarquia constitucional: o juiz, que se tornou independente do monarca, não deve ser consciente do poder que a lei lhe outorga, que lhe tem que outorgar devido a seu caráter geral. Ele deve crer que é um mero autômato, que não produz direito criativamente, mas apenas direito já produzido, que *encontra* na lei uma decisão já acabada e enumerada”.<sup>81</sup>

78 KELSEN, 1979b, p. 203.

79 KELSEN, 1979b, p. 195.

80 KELSEN, 1979b, p. 200. Praticamente em termos idênticos, cf. KELSEN, 1946, p. 114; 1979a, p. 247 e 1988a.

81 KELSEN, 1968a, p. 1888. O original desse artigo é de 1931.

Kelsen volta assim a ressaltar o componente estritamente ideológico de tais doutrinas da decisão judicial, aparentemente hiper-racionalistas. Em outra oportunidade Kelsen explica que a teoria da subsunção do século XIX tem raízes jusnaturalistas, pois aduz que o juiz encontra sua decisão prefigurada na lei do mesmo modo que o legislador encontra a sua na ordem natural. Vale a pena determo-nos com calma nesse argumento de Kelsen. Quem tem ouvidos, que ouça:

A ideia do caráter de mera reprodução que a criação do direito possuiria não se refere unicamente ao processo legislativo, mas muito especialmente à chamada jurisprudência [*Rechtsprechung*]. Esta deve fazer-se valer precisamente por referência a esse nível, qual seja, o do direito positivo. Se o legislador já não é propriamente o criador daquilo que é jurídico, limitando-se a expressar o que, sem necessidade de seu acréscimo, é em si mesmo “jurídico”, menos ainda se pode contemplar a função judicial enquanto criação do direito. Assim como a lei positiva está, na verdade, contida na ordem “natural” – na ideia de direito –, nada fazendo o legislador além de traduzi-la, do mesmo modo a sentença judicial – e esta em muito maior medida – está contida na lei e é dela extraída mediante uma simples operação lógica, sem que o juiz acrescente ou retire coisa alguma. Para o juiz, todo direito está contido na lei, a qual, por meio da ação do legislador, é o reflexo imediato da ordem natural querida por Deus. Dessa forma, ao fundamento epistemológico acrescenta-se um motivo político. Mediante tal perspectiva demonstra-se quão profundamente se ancora no pensamento jusnaturalista a doutrina – também presente no positivismo jurídico – de que o direito está contido na lei, assim como a ideia que dela deriva com consequência: a do caráter meramente reprodutivo e não criativo, do caráter de mera subsunção que teria a [...] *aplicação do direito* [*Rechtsanwendung*]. É a tese – também defendida com grande vigor por supostos positivistas, especialmente pelos fundadores e partidários da Escola Histórica do Direito – de que a legislação positiva não é mais do que a descoberta de um direito que, de algum modo, está previamente dado.<sup>82</sup>

---

82 KELSEN, 1968b, p. 233. O original desse texto é de 1927.

O parágrafo é longo e alguém pode se confundir em meio a velhos preconceitos. O que Kelsen contrapõe com toda clareza é o “suposto” positivismo do século XIX – que via na decisão judicial uma subsunção automática e isenta de toda discricionariedade – e sua própria teoria positivista, a qual destaca exatamente o contrário, ou seja, o caráter fortemente criativo e de forma alguma meramente lógico ou automático da decisão judicial. Com efeito, Kelsen sempre insistiu nisso ao longo de toda sua enorme obra. Mas nem todos os que dele falam leram seus escritos ou leram mais do que poucas páginas descontextualizadas e/ou mal traduzidas. Voltemos a nos perguntar com quem se parecem hoje esses juristas que Kelsen retrata como convencidos de que não há mais que uma única resposta correta, a qual o juiz encontra pré-escrita e prescrita no fundo substantivo do direito, em uma ordem “natural” de justiça que, na atualidade, chamaríamos de constitucional, a qual pode ser descoberta com a ajuda de um método que já não é o da subsunção, mas outro, que tem a ver com pesos e medidas, conformando novas metáforas naturalistas de idêntico propósito e similar utilidade ideológica.

### **3.2. Kelsen já nos convidou alguma vez a submetermo-nos em consciência ao direito positivo ou a obedecer ao direito injusto?<sup>83</sup>**

O relativismo filosófico de Kelsen traduz-se em relativismo axiológico. Não é possível conhecer valores absolutos de nenhum tipo; cabem, porém, valorações objetivas, que são aquelas feitas em correspondência com uma norma. Assim, quando sustentamos que determinado ato é justo, o fazemos à luz de uma norma de justiça que opera como premissa maior do raciocínio. Porém, tal premissa maior é sempre subjetiva, indemonstrável em sua verdade ou validade objetiva. Dessa maneira, todo juízo de valor – ainda que se mostre enquanto aplicação objetiva de dada norma – é sempre relativo, por ser relativa ou hipotética a validade da norma que lhe serve de base. O mesmo pode ser afirmado acerca dos juízos jurídicos, quer dizer, dos juízos de legalidade ou de ilegalidade de certo ato, juízos que têm lugar sempre mediante uma norma jurídica cuja validade última se remete à norma fundamental.

---

<sup>83</sup> Nesta seção reproduzo, com pequenas modificações, o conteúdo de algumas partes de meu livro *Hans Kelsen y la norma fundamental* (AMADO, 1996, pp. 174-185).

Se todo juízo de valor sustenta-se em uma norma, não se pode perder de vista que, para Kelsen, toda norma é resultado de uma vontade, de um querer, nunca de um conhecer. As normas nascem sempre do volitivo, jamais do mero conhecimento ou da razão, nunca do simples pensar, da mera constatação de certa realidade. O *plus* que especifica as normas e lhes dá vida é sempre um ato de vontade e todo ato de vontade pressupõe um sujeito que quer. Em consequência, toda norma parte de um querer inevitavelmente subjetivo. Considerando-se a impossibilidade de demonstração racional da existência de vontades supra-humanas, tem-se que as normas expressam sempre a vontade de um sujeito humano, ou seja, são relativas ao autor que as produz, por mais que sua validade possa objetivar-se em sistemas socialmente implantados tendo em vista a crença compartilhada nessa mesma validade. Tal objetivação desemboca sempre em uma norma cuja validade se pressupõe, nunca se demonstra e para a qual também terá que se pressupor ou fingir uma vontade produtora, como ressalta Kelsen em seus últimos escritos.

Uma primeira consequência da estrita separação que Kelsen traça entre o conhecimento e a vontade produtora de normas é a impossibilidade da razão prática. A mera razão – o conhecimento – não pode por si, sem o auxílio da vontade, gerar normas. Não há razão legisladora<sup>84</sup> por dois motivos: porque a razão não pode conhecer primeiras verdades ou verdades absolutas e, ademais, porque, ainda que tal fosse possível, sem o elemento volitivo a razão não seria suficiente para normatizar condutas. Só no Deus da Teologia unificam-se razão e vontade, conhecimento e normatização. Todavia, o conhecimento racional não consegue demonstrar a existência desse Deus e nem suplantá-lo, provando que o homem pode simultaneamente querer e conhecer o bem de modo que suas normas sejam vistas como encarnações do bem e da justiça absolutos. Segundo Kelsen, bastar fixarmo-nos na variedade de conteúdos normativos que têm pretendido se justificar como produtos do conhecimento da vontade divina ou como emanções da verdadeira justiça para nos darmos conta de que por trás disso há apenas tentativas de camuflagem ideológica da simples vontade humana que subjaz a toda norma.

Kelsen enfrenta a filosofia da justiça armado com o relativismo axiológico, o emotivismo ético e o conceito negativo de ideologia. A justiça é um valor e, enquanto tal, só pode ser relativo, pois “el problema de

---

84 KELSEN, 1979a, p. 203.

los valores es en primer lugar un problema de conflicto de valores, y este problema no puede resolverse mediante el conocimiento racional. La respuesta a esta pregunta es un juicio de valor determinado por factores emocionales y, por tanto, subjetivo de por sí, válido únicamente para el sujeto que juzga y, en consecuencia, relativo.<sup>85</sup> O fato de os sistemas de valores serem também fenômenos sociais e um mesmo valor poder ser compartilhado por um grande número de sujeitos não demonstra a verdade ou a validade objetiva de tais sistemas, dado que:

el criterio de justicia como el criterio de verdad no depende de la frecuencia de los juicios sobre la realidad ni de los juicios de valor.<sup>86</sup> [...] Si algo demuestra la historia del pensamiento humano, es que es falsa la pretensión de establecer, en base a consideraciones racionales, una norma absolutamente correcta de la conducta humana. [...] Si algo podemos aprender de las experiencias intelectuales del pasado, es que la razón humana sólo puede acceder a valores relativos.<sup>87</sup>

Justifica-se a abundância de citações literais porque nenhuma explicação pode ilustrar com mais clareza o que Kelsen pensa da pretensão segundo a qual é possível alguém saber o que é justo ou legislar com a ambição de realizar a justiça perfeita. De acordo com Kelsen, a pretensão de justiça absoluta encerra o disfarce da ideologia em sentido negativo, ou seja, a ideologia que serve para ocultar a luta de interesses.<sup>88</sup> Por isso ninguém deve estranhar o fato de o problema da justiça permanecer sem solução e assim podermos prescindir, acrescenta Kelsen maliciosamente, do fato de que “uno u otro profesor de vez en cuando afirma, bajo la irónica sonrisa de sus colegas, que conoce qué sea lo justo”.<sup>89</sup>

Que consequências tem esse relativismo da justiça para a defesa kelseniana do direito positivo? As maiores possíveis, pois se a justiça absoluta, unívoca e cognoscível por igual para todos não é possível, não pode funcionar como fator de ordem. Confiar a organização social à ideia do

---

85 KELSEN, 1991a, p. 39. Publicado originalmente em 1952.

86 KELSEN, 1991a, p. 43.

87 KELSEN, 1991a, pp. 58-59.

88 Os grupos sociais lutam pelo poder “sempre sob a máscara da ‘justiça’” (KELSEN, 1968c, p. 341. O texto original é de 1928).

89 KELSEN, 1968d, p. 271. Artigo original de 1927/28.



justo significa ver a luta entre grupos que se enfrentam em nome de seus respectivos interesses sob a roupagem ideológica da justiça. A sociedade tem que ordenar suas disputas com base em um elemento comum, o qual não pode ser incognoscível ou questionado. Só o direito positivo pode oferecer tal base, independentemente dos fatos secundários de que cada direito ampare uma ideia do justo ou de que a eficácia dos ordenamentos jurídicos aumente na medida do convencimento de seus destinatários de que suas normas são justas.<sup>90</sup>

As concepções do justo são múltiplas. Entretanto, por definição, o direito positivo válido só pode ser um, dado que o postulado central da doutrina de Kelsen é o da unidade e da unicidade do sistema jurídico. Não é possível encontrar uma ideia única de justiça,

pero sólo existe un derecho positivo. O bien – si queremos justificar la existencia de los distintos órdenes legales nacionales – existe un único derecho positivo para cada territorio. Su contenido puede ser descrito sin ambigüedad utilizando un método objetivo. [...] A las normas del derecho positivo les corresponde cierta realidad social, lo cual no sucede con las normas de Justicia. En este sentido, el valor del Derecho es objetivo, mientras que el valor de la Justicia es subjetivo.<sup>91</sup>

O relativismo de Kelsen não se encaixa de modo algum na interpretação que de sua doutrina se faz muito frequentemente, vendo-a enquanto propugnadora da obediência dos sujeitos às normas do direito positivo.<sup>92</sup>

90 KELSEN, 1968c, p. 826. Originalmente publicado em 1961.

91 KELSEN, 1991b, p. 150. Texto original de 1942.

92 Tal repreensão pode ser encontrada em Alf Ross. Segundo Ross, quando Kelsen equipara a validade ao dever ou à obrigatoriedade de cumprir as normas ele está justificando a existência de um dever moral de cumprir o direito, pois “parece obvio que el deber de obedecer el derecho no puede significar una obligación o un deber jurídico en el sentido en que estas palabras son usadas para describir una situación jurídica que en ciertas circunstancias surge de una norma jurídica, por ejemplo, la obligación del deudor de pagar una deuda estipulada” (ROSS, s/d, p. 368). Ora, o que parece óbvio a Ross não é, na verdade, algo tão óbvio, sendo efetivamente a chave para se compreender o tema. A obrigação jurídica de que trata Kelsen – e que surge sempre que uma norma jurídica é válida e existe um seu destinatário – é a mesma que de parâmetros morais, políticos etc. Portanto, nada mais alheio ao pensamento de Kelsen do que entender que “el deber de obedecer el derecho es un deber moral *hacia* el sistema jurídico, no es un deber jurídico *conforme* al sistema. El deber hacia el sistema no puede derivarse del sistema mismo, sino que tiene que surgir de reglas o principios que están fuera del mismo” (ROSS, s/d, 369). Por mais que esta última afirmativa esteja correta, não há nada mais distante do propósito de

Como sabemos, Kelsen pensa que a validade do direito tem como condição sua eficácia. Tal eficácia, afirma Kelsen, depende da propagação na sociedade da ideologia ou da crença de que o direito obriga e, portanto, suas normas devem ser obedecidas.<sup>93</sup> Em certas passagens Kelsen ressalta ainda que validade é o mesmo que obrigatoriedade, pois afirmar que uma norma é válida significa que deve ser cumprida, dado que estabelece uma obrigação, um dever de obediência. Mas entender que com tudo isso Kelsen está propugnando a obediência às normas – que ele defende que todo dilema subjetivo e pessoal entre a obediência ou a desobediência deve ser resolvido pelos sujeitos em favor da primeira alternativa – não passa de uma simplificação grosseira de seu pensamento.

Kelsen trata a eficácia e a ideologia social enquanto pressupostos fáticos que têm que se verificar na sociedade para que o direito possa operar. Não são deveres morais nem regras de comportamento distintas das jurídicas. Quando Kelsen menciona a equiparação entre validade e obrigatoriedade, o faz mediante uma perspectiva que podemos chamar de intrassistemática,<sup>94</sup> ou seja, que se dá a partir do ponto de vista do próprio ordenamento jurídico, de maneira que para o direito positivo suas normas são obrigatórias. O direito tem normas para estabelecer obrigações jurí-

---

Kelsen – quando ele trata da obrigação jurídica – do que fundamentar um dever “para com o sistema”, e ainda mais se se trata de um dever moral. Kelsen se refere ao dever *a partir* do sistema ou *sob a óptica* do sistema. É também radicalmente falso afirmar que “a Kelsen le preocupa el problema tradicional de la cualidad moral que distingue a un orden jurídico del régimen de un *gánster*” (ROSS, s/d, p. 376). A opinião de Bobbio parece mais ponderada. Esclarece ele que “la teoría pura del derecho no puede ser confundida [...] con la concepción legalista, la cual, entre validez y valor, no realiza ninguna distinción” (BOBBIO, 1974, p. 307). Também Tammelo, ao mencionar outro exemplo, aduz que é incorreta a acusação de que Kelsen propugna a obediência a qualquer direito, por mais injusto que seja (TAMMELO, 1984, p. 248). Da mesma maneira, Delgado Pinto ressaltou o desacerto de críticas como a de Ross (PINTO, 1978, pp. 11-12). Também José Antonio Ramos Pascua se manifestou no mesmo sentido (PASCUA, 1989, p. 45).

93 Podemos associar à ideia de Kelsen acima exposta a de que será mais e melhor obedecido aquele direito que não entre em contradição com motivos contrapostos, ou seja, que não contradiga, por exemplo, a moral socialmente dominante. Cf. KELSEN, 1963, p. 65 – original de 1921 –, texto em que Kelsen afirma que a participação – ainda que indireta – dos cidadãos na criação das normas aumenta a “disposição à obediência”. Em qualquer caso, essa é uma constatação própria do sociólogo, não do cientista do Direito (KELSEN, 1955, p. 143), já que “a la teoría pura del derecho no le importan los motivos reales que muevan a la obediencia a los ciudadanos, pues tendrán que ver con los fines perseguidos por el ordenamiento concreto, históricamente condicionados, y sobre fines la teoría pura del derecho no puede pronunciarse” (KELSEN, 1946, pp. 59-60. Originalmente publicado em 1934).

94 De modo similar, Leser argumentou que é preciso abster-se de entender algo mais do que o cair sob o império do ordenamento, o estar abarcado pelo ordenamento. O *Sollen* jurídico não supõe a vinculação da consciência do indivíduo. Seu sentido é meramente “imanente ao sistema”, razão pela qual não precisa coincidir com o sentido que a conduta possui para o sistema moral (LESER, 1968, p. 230). Conforme tal interpretação, não tem razão Amselek quando acusa Kelsen de “paralogismo” ao confundir “válido” e “obrigatório” (AMSELEK, 1981, p. 470). Kelsen assevera unicamente que, a partir do ponto de vista do direito, validade e obrigatoriedade são a mesma coisa, não que validade jurídica implica obrigatoriedade moral, como entende Amselek.

dicas. Não teria sentido pensar em um direito cujas normas se projetam como inteiramente disponíveis e de cumprimento meramente voluntário. Por isso a sanção é o elemento chave da noção de validade ou obrigatoriedade jurídica, dado que ela é a resposta que o ordenamento positivo prevê para fazer valer a obrigatoriedade constitutiva de suas normas. Na previsão de sanções para o comportamento renitente termina o tema da obrigatoriedade do direito. Nesse sentido, toda norma jurídica é obrigatória, visto que prevê uma sanção para seu descumprimento. Esgota-se assim a perspectiva jurídica de Kelsen sobre a obrigação. Que os sujeitos tenham dilemas morais sobre se devem cumprir a norma ou desobedecê-la é questão que em nada interessa ao direito e nem à sua teoria estrutural, do mesmo modo que não importa ao direito se os indivíduos acatam as normas por convicção, medo ou acaso.

Assim, uma coisa precisa ficar clara: o dever jurídico e o dever moral não têm a menor conexão em Kelsen e nada impede que sejam contrapostos. Pensar de modo contrário significaria dotar a norma jurídica de valor moral intrínseco ou entender sua validade como algo condicionado por seu conteúdo moral, possibilidades que Kelsen rechaça de modo vigoroso. A partir de parâmetros kelsenianos, pensar que existe um dever moral de obedecer às normas jurídicas é tão absurdo como entender que há um dever jurídico de obedecer às normas morais.

A equiparação entre validade e obrigatoriedade em Kelsen praticamente não exige comentário, desde que não se perca de vista que se trata de obrigatoriedade jurídica e não de outra espécie: “Que una norma que se refiere a la conducta de un hombre *valga* significa que obliga, que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma”.<sup>95</sup> Esse “deve” expressa a perspectiva que o próprio ordenamento jurídico tem do comportamento do sujeito ou, dito de outra maneira, significa como é visto ou julgado tal comportamento sob óptica do direito. Ainda que trechos como o que acabamos de citar possam induzir ao equívoco que criticamos, em outras passagens resta menos espaço para dúvidas:

la existencia de un deber jurídico no es sino la validez de una norma de derecho que hace depender una sanción de la conducta contraria a aquella que forma el deber jurídico. Esto no

95 KELSEN, 1979a, p. 201.

se concibe fuera de la norma jurídica. El deber jurídico es simplemente la norma de derecho en su relación con el individuo a cuya conducta la misma norma enlaza la sanción.<sup>96</sup>

Com efeito, as citações inequívocas poderiam se multiplicar infinitamente.<sup>97</sup> Mencionemos apenas mais um par: “La obligación no es otra cosa que una norma jurídica positiva, que ordena la conducta de ese individuo, al enlazar con el comportamiento contrario una sanción”<sup>98</sup> e “decir que una persona tiene la obligación jurídica de comportarse de un modo determinado significa que la conducta contraria está amenazada con una sanción por ser un delito”.<sup>99</sup>

É realmente necessário acrescentar que a obrigação jurídica nada tem a ver com um dever moral de obediência ao direito? Se isso não está totalmente evidente, o próprio Kelsen o reconhece sem deixar margens para dúvidas ao afirmar que “el concepto de obligación jurídica se refiere exclusivamente a un orden jurídico positivo, y no tiene ninguna implicación moral”,<sup>100</sup> ou que “el deber jurídico no puede constituir un deber moral frente al Derecho positivo”.<sup>101</sup> Quando Kelsen se refere a “dever jurídico”, o termo “dever” não tem “su significado corriente – el moral – sino un significado puramente lógico”, vinculado à categoria formal da imputação.<sup>102</sup> Kelsen insiste que, sob essa perspectiva, o conceito de obrigação jurídica se emancipa completamente do de obrigação moral.<sup>103</sup>

Em seu artigo *Por que Obedecer ao Direito?* Kelsen demonstra perfeitamente como a pergunta pelo dever de obediência se põe apenas enquanto equivalente do porquê da força obrigatória objetiva do direito, e não a partir do ponto de vista da moral individual. Ao longo desse mesmo texto Kelsen insinua que qualquer tentativa de fundar essa obrigatoriedade objetiva em crenças morais ou religiosas supõe dotá-la de fundamentos

---

96 KELSEN, 1988a, p. 69.

97 Para uma minuciosa descrição da evolução de Kelsen quanto à diferenciação entre dever jurídico e dever moral, cf. PINTO, 1978, p. 12 *et seq.*

98 KELSEN, 1979a, p. 130.

99 KELSEN, 1991c, pp. 168-169. O original é de 1941.

100 KELSEN, 1979a, p. 131.

101 KELSEN, 1979c, p. 80. Texto original de 1925.

102 KELSEN, 1991d, p. 269. Originalmente publicado em 1951.

103 KELSEN, 1967a, p. 108.

metafísicos e subjetivos, com o que acabaríamos considerando que nenhum direito positivo é, em última instância, obrigatório, razão pela qual “no responde a nuestra pregunta afirmar que el Derecho positivo es válido porque es justo”.<sup>104</sup>

Kelsen rechaça a equiparação – ou a mescla – de dever jurídico com dever moral tanto por razões “lógicas” quanto por razões ideológicas. Com as primeiras, aludimos a razões de coerência com seus próprios postulados teóricos; com as segundas, à crítica que Kelsen faz da vinculação entre direito e dever moral de obediência enquanto exemplo típico da tentativa de legitimar ou deslegitimar o direito positivo mediante postulados doutrinários que não envolvem mais do que subjetividade e interesse.

A partir do primeiro desses pontos de vista, vincular o dever moral com o dever jurídico implica misturar a perspectiva empírica – nesse caso, psicológica – com a normativa, o ser com o dever. O que habitualmente se apresenta como um conflito de obrigações vivida pelo sujeito que se debate entre a obediência à norma jurídica ou à sua consciência moral é um conflito que não se desenrola na esfera do *Sollen*, mas no âmbito psicológico dos motivos.<sup>105</sup> Estar obrigado pelo direito e se sentir obrigado por ele são coisas que não se equivalem. Que devido a razões morais alguém não se sinta obrigado a cumprir certa norma jurídica não lhe subtrai a validade, nem faz com que deixe tal norma de ser obrigatória. O que há é um conflito psicológico para o sujeito que tem que decidir se atua conforme os preceitos jurídicos ou conforme sua moral. Contudo, tal conflito não pode ser resolvido nem a partir do sistema jurídico nem a partir do sistema moral, dado que cada qual só vê conforme sua óptica, dando preferência às suas respectivas normas.<sup>106</sup>

O vínculo que a obrigação jurídica expressa não é um vínculo psicológico nem se relaciona com o foro interno do indivíduo.<sup>107</sup> Trata-se de um vínculo formal e objetivo, ou seja, uma outra forma de se expressar a realidade da norma em sua função ordenadora de condutas, sob o pressu-

---

104 KELSEN, 1991e, p. 186. Texto original de 1957.

105 KELSEN, 1968c, p. 303; 1968e, pp. 220-221 e 1988a, pp. 446-447.

106 KELSEN, 1928, p. 111.

107 “La afirmación de que una persona está legalmente obligada a una cierta conducta, es un aserto sobre el contenido de una norma de derecho y no sobre acontecimientos reales, ni sobre el fuero interno del obligado. [...] El deber jurídico no es un vínculo psicológico”, como demonstra o fato de que um indivíduo pode estar obrigado pelo direito ainda que desconheça a norma correspondente (KELSEN, 1988a, p. 83).

posto da sua validade. Por isso, o sujeito jurídico não coincide com o sujeito moral, o que significa que o direito enxerga o indivíduo mediante seus próprios padrões definidores. À semelhança de qualquer outra exigência moral, o postulado de justiça só tem sentido quando dirigido ao indivíduo psicológico, nunca enquanto exigência posta para o direito positivo como “complexo abstrato de normas”.<sup>108</sup>

Dissemos que Kelsen rechaça a mescla entre dever jurídico e dever moral também por razões de crítica ideológica. Com efeito, doutrinas que propugnam que os homens devem obedecer às normas jurídicas exercem funções políticas, não científicas, razão pela qual a Teoria Pura do Direito não pode dar esse passo.<sup>109</sup> Tal teoria não aceita a tese de que o direito deve ser moral por natureza em razão de dois motivos: porque essa ideia pressupõe uma moral absoluta e porque predicar a moralidade de um ordenamento jurídico como base para se exigir a obediência enquanto imperativo moral significa legitimar acriticamente esse ordenamento, sendo que, para Kelsen, “no corresponde a la ciencia jurídica legitimar el derecho, sino describirlo”.<sup>110</sup>

Por último, não é demais insistir que a especial ênfase posta por Kelsen na autonomia ética do indivíduo e no caráter exclusivamente pessoal da responsabilidade moral pelas próprias ações abona a ideia de que a decisão de se obedecer ou não às leis em dado caso é uma questão estritamente atinente à moral pessoal, não um assunto que o direito ou a ciência jurídica possam resolver e dirigir.<sup>111</sup>

---

108 KELSEN, 1968f, p. 67. O original é de 1916.

109 KELSEN, 1955, p. 143.

110 KELSEN, 1979a, p. 82.

111 É famoso o texto no qual Kelsen expõe tal tese com meridiana clareza: “El punto de vista según el cual los principios morales constituyen sólo valores relativos no significa que no sean valores. Significa que no existe un único sistema moral, sino varios, y hay que escoger entre ellos. De este modo el relativismo impone al individuo la ardua tarea de decidir por sí solo qué es bueno y qué es malo. Evidentemente, esto supone una responsabilidad muy seria, la mayor que un hombre puede asumir. Cuando los hombres se sienten demasiado débiles para asumirla, la ponen en manos de una autoridad superior: en manos del gobierno o, en última instancia, en manos de Dios. Así evitan el tener que elegir. Resulta más cómodo obedecer una orden de un superior que ser moralmente responsable de uno mismo” (KELSEN, 1991a, pp. 59-60). Como pontua Horst Dreier, glosando essa parte do pensamento de Kelsen, a frequente acusação de que a Teoria Pura do Direito deixa os indivíduos indefesos diante de regimes jurídicos iníquos ou de que fomenta uma forma de “nihilismo moral” desconhece que o relativismo kelseniano não pode e nem quer legitimar qualquer tipo de ordem político-jurídica. O erro de tais acusações é confundir “a aceitação científica da validade do direito com a afirmação de seu caráter ético ou moral” (DREIER, 1986, p. 229). “Relativismo – disse Dreier – não quer dizer ausência de critério” (DREIER, 1986, p. 235). A decisão de obedecer ou não à norma jurídica se reserva ao juízo de cada um (DREIER, 1986, p. 231).

### 3.3. Acaso não foi Kelsen um democrata e um dos mais destacados teóricos e fundamentadores da democracia?<sup>112</sup>

Considerando que o relativismo axiológico de Kelsen e sua concepção de racionalidade levam-no a recusar toda tentativa ideológica de justificação moral da obediência ao direito surgida de teorias jurídicas que se querem racionais e científicas, é de se notar que essa mesma concepção o fará questionar a possibilidade de se considerar como racional – e não meramente ideológica e guiada por interesses – qualquer legitimação teórica desta ou daquela autoridade. Porém, aqui desponta novamente o paradoxo. O rechaço kelseniano de toda legitimação de autoridades extra ou suprajurídicas associa-se à sua justificação da autoridade do direito. No fundo de sua doutrina pulsa permanentemente a ideia de que o direito é necessário para que exista sociedade, justificando-se, portanto, por sua função ordenadora. Assim, a autoridade mostra-se como necessária, mas toda autoridade humana é relativa e contingente e, por isso mesmo, insuscetível de justificação racional. Nenhuma pessoa ou sociedade, nenhuma ideia ou representação pode se pretender legitimada para se impor sobre as demais em nome da verdade ou de valores absolutos. A esse respeito, a filosofia kelseniana é plenamente relativista e desmistificadora, não comungando com nenhuma camuflagem ideológica do poder. Trata-se de uma filosofia realista que repele o disfarce dos fatos, vendo apenas ideologia em todas as teorias legitimadoras do poder, por mais que essa mesma óptica realista leve Kelsen a admitir que o poder é necessário na sociedade e que, para se manter, ela necessita de inevitáveis ideologias. Contudo, essa é uma justificação funcional do poder e das ideologias, não uma legitimação de conteúdos concretos de um ou de outras.

Kelsen não é indiferente quanto à alternativa entre anarquia e ordem. Ele não se limita a estabelecer as condições necessárias para que a ordem social possa se dar como alternativa à anarquia, mas também procura justificar a necessidade da ordem mediante argumentos valorativos.

Nesse sentido, é valorativa a concepção kelseniana da natureza humana como essencialmente negativa, por ser agressiva e egoísta. Com efeito, trata-se de um dos elementos que conectam Kelsen a Hobbes.<sup>113</sup> E, so-

---

112 Nesta seção reproduzo os principais conteúdos de meu livro *Hans Kelsen y la norma fundamental* (AMADO, 1996, pp. 186-199).

113 Barcellona antevê a conexão hobbesiana quando anota que “o problema da ordem social é a obsessão de Thomas

bretudo, são valorativas suas considerações sobre a liberdade enquanto bem que, em última instância, justifica a existência do direito, o qual acaba legitimado à margem de seus conteúdos enquanto garantidor de uma liberdade mínima, a qual, até no mais tirânico dos regimes jurídicos, será maior do que no estado de natureza, ou se não quisermos usar tal expressão – que Kelsen chamaria de fictícia –, em uma convivência na qual os impulsos naturais ou instintivos não fossem freados pela força motivadora da coação jurídica.

O primeiro efeito dessas premissas relativistas e antimetafísicas de Kelsen é sua relativização da comunidade frente ao indivíduo. Ele repele toda justificação da comunidade entendida enquanto entidade superior aos indivíduos que a compõem, justificativa cuja razão é sempre ideológica: a obtenção da obediência dos indivíduos em favor do ordenamento concreto que supostamente encarna a essência da comunidade. Entretanto, Kelsen não pode deixar de sustentar certa supremacia da comunidade, dado que sem isso não caberia a justificação do direito entendido enquanto ordem que se impõe às liberdades particulares. Kelsen renega também, tachando-o de ideológico, o raciocínio rousseauiano segundo o qual a comunidade pode ser a expressão da liberdade de cada um. Com isso Kelsen resolve de modo inovador o conflito entre indivíduo e sociedade ao combinar a justificativa da necessidade do direito com a relativização da comunidade. Segundo Kelsen, não há mais comunidade do que a jurídica, ou seja, aquela que o próprio direito estabelece. Sem direito não há comunidade e não existe – ao menos para a ciência e a observação racional – mais comunidade do que aquela que o direito cria. Dessa feita, o Estado não se identifica com nenhum gênero de comunidade prévia ao direito, sendo apenas a manifestação personificada do ordenamento jurídico. Assim postas as coisas, a supremacia da comunidade não é mais do que a supremacia do direito sobre os indivíduos, supremacia que faz parte do próprio conteúdo conceitual ou razão de ser do direito.

Ao criticar a ideia de que o Estado seria uma realidade natural baseada na união ou interação psíquica, Kelsen assinala que não há dúvida de que “la esencia de toda unidad social es la ‘unión’”.<sup>114</sup> Todavia, a única união que pode fundamentar a sociedade é a que se dá por meio de nor-

---

Hobbes, assim como o será de Hans Kelsen: a ordem é a interdição da guerra civil” (BARCELONA, 1992, p. 152).

114 KELSEN, 1979c, p. 10.



mas. Apenas uma norma ou um sistema de normas pode garantir “aquella síntesis supraindividual que constituye la esencia de todas las estructuras sociales, especialmente el Estado”.<sup>115</sup> Não há outro tipo de união supraindividual em sociedade. Os indivíduos estão unidos enquanto obrigados pela norma:

Precisamente en este sentido la comunidad, como sistema de normas referentes a la conducta humana, como orden, está sobre los individuos, constituye una esencia superindividual, cuya esfera específica de existencia no es el reino de la realidad psíquica (es decir, psíquico-individual), sino el reino de la idealidad normativa, y, por tanto, sólo en este sentido, supraindividual; y precisamente en este sentido no hay diferencia entre “asociación” y “norma” u “orden”, sino que la asociación es el orden, porque sólo en éste, en las normas que lo constituyen, existe la unión en la cual se hace consistir todo lo social.<sup>116</sup>

A inexistência no enfoque kelseniano de qualquer legitimação extrajurídica da autoridade implica que ninguém está legitimado a limitar a liberdade de outrem senão por meio do direito. Entretanto, o problema reside na compatibilização entre liberdade e direito. E tal se põe como um problema porque, como vimos, Kelsen acredita que a liberdade só pode ser desfrutada sob o direito, não sendo sequer realizável sem ele. Eis aí um dos componentes valorativos da obra kelseniana, consistente na elevação da liberdade a critério justificador do jurídico, aspecto em que as ressonâncias kantianas são patentes.

De acordo com Kelsen, originalmente a ideia de liberdade significa ausência de toda restrição ou limitação, assinalando, contudo, que “tal libertad es anarquía”, de modo que não é essa “la libertad que resulta posible dentro de la sociedad, y, especialmente dentro del Estado”.<sup>117</sup> Mesmo supondo que exista uma tendência natural à liberdade ou que a liberdade significa, acima de tudo, ausência de toda restrição no atuar, sem ordem e coação os indivíduos não poderão realizar liberdade alguma ou, no máximo, realizar-se-á a liberdade do mais forte. Acima de tudo, a ausência de

<sup>115</sup> KELSEN, 1979c, p. 11.

<sup>116</sup> KELSEN, 1979c, p. 11.

<sup>117</sup> KELSEN, 1988a, p. 338.

restrição à liberdade “natural” vai contra a igualdade na liberdade, eis que falta uma limitação comum a todos. Por isso uma liberdade igual, ao menos minimamente, só é possível sob o direito. Apenas em sociedade – quer dizer, sob uma ordem social que é jurídica – os indivíduos podem exercer um mínimo de autogoverno, por mais paradoxal que tal possa soar. A coação jurídica estaria a serviço da liberdade e assim se justificaria, conforme explicou Kant. Kelsen argumenta:

El símbolo de la libertad debe sufrir un cambio fundamental de significado para llegar a ser una categoría social. Debe dejar de significar la negación de todo ordenamiento social, un estado de naturaleza [...], y debe asumir el significado de un método específico para establecer el ordenamiento social, y un tipo específico de gobierno. Si la sociedad en general y el Estado en particular deben ser posibles, debe ser válido un ordenamiento normativo que regule el comportamiento mutuo de los hombres y, en consecuencia, debe aceptarse el dominio del hombre sobre el hombre por medio de tal ordenamiento.<sup>118</sup>

Até aqui, parece ser possível resumir o raciocínio de Kelsen a um esquema bem simples: a liberdade é viável somente em sociedade, a qual não pode existir sem direito, ou seja, sem uma lei geral limitadora da liberdade absoluta. O curioso é que Kelsen, não obstante sua crítica a Rousseau,<sup>119</sup> acaba também por sustentar que tal liberdade limitada tem que ser autodeterminada pelo indivíduo:

[...] si el dominio es inevitable [...] queremos ser dominados por nosotros mismos. La libertad natural se transforma en libertad social o política. Ser libres social o políticamente significa, ciertamente, estar sujetos a un ordenamiento normativo, significa libertad subordinada a la ley social. Pero significa estar sujetos no a una voluntad ajena, sino a la propia, a un ordenamiento normativo y a una ley en cuyo establecimiento el sujeto participa.<sup>120</sup>

118 KELSEN, 1988b, pp. 230-231. O original é de 1954.

119 KELSEN, 1988a, p. 339.

120 KELSEN, 1988b, p. 231.

É o que Kelsen chama de “metamorfose” da liberdade, graças à qual “la libertad de la anarquía se transforma en la libertad de la democracia”.<sup>121</sup> Há uma derivação da liberdade social ou política a partir da “libertad natural de la anarquía”,<sup>122</sup> derivação cujo estatuto permanece em Kelsen um tanto equívoco e que se manifesta quando ele afirma que:

para que existan sociedad y Estado, tiene que haber un orden entrelazante de la conducta recíproca de los hombres, tiene que existir, por tanto, el dominio, el *imperium*. Pero si hemos de ser dominados, queremos serlo por nosotros mismos. De la libertad natural se desprende la libertad social o política. Políticamente libre es el que, siendo súbdito, no está sometido a otra voluntad que la suya propia. Con esto se pone de manifiesto cuál es la antítesis radical entre todas las formas de Estado y sociedad. [...] para que sea posible la sociedad como complejo sistemático distinto de la naturaleza, debe existir una legalidad social específica diferente de la legalidad natural. Frente a la ley causal, surge la norma. Desde el punto de vista de la naturaleza, la libertad significa la negación de lo social; desde el punto de vista de la sociedad, la negación de la legalidad natural o causal (libre arbitrio).<sup>123</sup>

Não se pode estranhar que Kelsen tenha sido tachado de metafísico ou jusnaturalista em sua visão da liberdade enquanto tendência ou instinto natural do homem. Referindo-se à inclinação de se resistir à heteronomia, aduz Kelsen que “es la naturaleza misma que, en busca de libertad, se rebela contra la sociedad”,<sup>124</sup> sublinhando ainda que “la extraordinaria importancia que la idea de libertad tiene en la ideología política únicamente puede explicarse por el hecho de que esta idea tiene su origen en la profundidad del alma humana, en el instinto primitivo que empuja al individuo contra la sociedad”.<sup>125</sup>

Conclui-se assim que o direito se fundamenta na proteção da liberdade, ainda que o custo seja o de restringir-lhe o caráter geral. Contudo, não se pode ignorar que é possível um direito que realize uma péssima

121 KELSEN, 1988b, p. 234.

122 KELSEN, 1968g, p. 1748. Originalmente publicado em 1927.

123 KELSEN, 1979c, p. 410.

124 KELSEN, 1988b, p. 230.

125 KELSEN, 1988b, p. 234. No mesmo sentido: KELSEN, 1979c, p. 410.

distribuição social da liberdade e de seus benefícios, com o que Kelsen, para ser congruente com seu ponto de partida, admitirá que a interrelação entre o direito e a liberdade que o justifica alcança sua mais perfeita realização na democracia.<sup>126</sup> Entretanto, isso não significaria proporcionar um fundamento valorativo a determinado tipo de ordem sociojurídica? Kelsen se dá conta de que pisa em um terreno escorregadio se pretende permanecer fiel a seu relativismo. Por isso ele oscila entre a ponderação valorativa da democracia e o tratamento puramente descritivo – diríamos tecnocrático ou funcionalista – desse regime político-jurídico. Apesar de todas as considerações favoráveis à democracia contidas no trabalho de Kelsen que estamos analisando, asseverou ele que:

el examen realizado hasta aquí del fundamento filosófico de la democracia no se dirige ni puede dirigirse hacia una justificación absoluta de este tipo de organización política; no se propone ni puede proponerse demostrar que la democracia es la mejor forma de gobierno. Se trata de un análisis científico, es decir, objetivo, de un fenómeno social, y no de una valoración del mismo que presuponga un determinado valor social como incondicionalmente válido y que demuestre que la democracia es la realización de ese valor.<sup>127</sup>

De acordo com Kelsen, uma “teoria científica da democracia” pode apenas

mantener que esta forma de gobierno trata de realizar conjuntamente la libertad y la igualdad de los individuos y que, *si* estos valores han de ser realizados, la democracia es el medio idóneo para ello; lo que implica que si son valores distintos de la libertad y la igualdad de los miembros individuales de la comunidad, como, por ejemplo, el poder de la nación, los que han de ser realizados, la democracia puede no ser la forma de gobierno adecuada. Naturalmente esta es una justificación condicional de

---

126 “El camino racional al principio de mayorías ha de hallarse partiendo de la idea de que, si no todos, deben ser libres la mayor parte de los hombres, debiendo reducirse al mínimo la cantidad de hombres cuya voluntad puede estar en contradicción con la voluntad general del orden social. Naturalmente, esto presupone a la igualdad como hipótesis fundamental de la democracia, al exigirse que sea libre el mayor número posible de hombres, y no sólo éstos o aquéllos” (KELSEN, 1979c, p. 412).

127 KELSEN, 1988b, p. 260.

la democracia [...], la única justificación que una filosofía relativista [...] puede proporcionar.<sup>128</sup>

E acrescenta: “la filosofía relativista deja al individuo que actúa en la realidad política la decisión acerca del valor social que debe ser realizado. Ni libera ni puede liberar las espaldas del individuo del peso de esta grave responsabilidad”.<sup>129</sup> Chegamos assim ao tema do fundamento da democracia, em relação ao qual Kelsen tem que desenvolver alambicados raciocínios para não contradizer os postulados básicos de sua teoria. Ele tenta salvar a coerência de sua doutrina nessa seara mediante dois caminhos. Primeiramente, apresentando a democracia como único sistema defensável ou justificável a partir de postulados relativistas, com o que sustenta que o fundamento desse regime não é estritamente valorativo ou ideológico, mas mero desenvolvimento “lógico” de postulados epistemológicos<sup>130</sup> cuja defesa acarretará, por exclusão de qualquer legitimação material de regimes político-jurídicos, a defesa do único sistema no qual nenhum valor se legitima para subjugar os outros. Todavia, veremos que nem por isso deixa tal fundamentação da democracia de pressupor a opção por certos valores básicos sem os quais ela não poderia sequer operar. A defesa que, partindo do relativismo, pode ser feita em relação a tal eleição – que, em última instância, é valorativa – é que nela subjaz um elemento condicional e relativístico já assinalado: a escolha pela liberdade, sendo a democracia uma opção relativa, ou seja, uma das muitas possíveis e que por isso mesmo não pode se pretender absoluta. Só quando assentada tal escolha pode-se compreender que seus correspondentes desenvolvimentos valorativos pertencem à lógica dessa eleição de fundo.

O outro caminho mediante o qual Kelsen tenta salvaguardar a coerência de sua construção consiste, como já consignamos, em apresentar suas considerações sobre os requisitos da democracia enquanto desenvolvimentos de uma opção condicionada e relativa: supondo que se escolha a democracia e considerando a base da opção pela liberdade, só se pode conceber com sentido tal regime se forem respeitadas certas regras e pro-

---

128 KELSEN, 1988b, p. 260.

129 KELSEN, 1988b, p. 260.

130 “Si opto a favor de la democracia, lo hago exclusivamente por las razones expuestas en el último capítulo de esta obra: por las relaciones entre la forma democrática del Estado y una concepción filosófica relativista” (KELSEN, s/d, p. 123, n. 1).

cedimentos que assegurem valores instrumentais para seu funcionamento. Assim, como derivação da liberdade, a democracia seria o valor de fundo que se deve assumir, ainda que tal não possa ser justificado de maneira absoluta. Segundo Kelsen, caso se parta de posições relativistas, não é possível realizar a defesa coerente de nenhum regime diverso do democrático:

A la concepción metafísico-absolutista del mundo, se ordena una actitud autocrática; por el contrario, el relativismo crítico se corresponde con el ideario democrático. Quien sabe con certeza absoluta cuál es el orden social mejor y más justo rechazará enérgicamente la exigencia insoportable de hacer depender la realización de este orden del hecho de que, por lo menos la mayoría de aquéllos sobre los que ha de valer, se convenzan de que, en efecto, es el mejor y el que más les conviene.<sup>131</sup> [...] Mas quien estima que el conocimiento humano no puede alcanzar verdades ni valores absolutos, no sólo ha de estimar posible, cuando menos, la propia opinión, sino la ajena y aun la opuesta. Por eso el relativismo es la concepción del mundo que presupone la idea democrática.<sup>132</sup> [...] Quien sólo se apoya en la verdad humana y sólo orienta las finalidades sociales con arreglo al conocimiento humano, no puede justificar la coacción (imprescindible para su realización) de otro modo que por el asentimiento de la mayoría.<sup>133</sup>

Tentemos sintetizar e esclarecer o raciocínio de Kelsen. Já que renege qualquer justificação baseada em fundamentos absolutos de autoridade, o relativismo leva-nos a defender a liberdade. Mas a liberdade não é possível sem que se distribua a coação de maneira igualitária, o que torna necessário o direito. Com isso, perguntamo-nos que tipo de organização político-jurídica restringe menos a liberdade, ao que temos como resposta ser a democracia, regime presidido pelo princípio majoritário. No entanto, a democracia e o princípio majoritário só são reais e não mera roupagem de uma maior repressão da liberdade quando respeitam certos princípios, reconhecendo em sua base alguns valores. Abordemos, portanto, esses últimos aspectos do assunto.

---

131 KELSEN, 1979c, p. 472.

132 KELSEN, 1979c, p. 472.

133 KELSEN, 1979c, p. 473.

Obtém-se o maior nível possível de autodeterminação mediante o princípio majoritário. Já que nascemos e vivemos em sociedade, move-mo-nos sempre sob o signo da organização social, ou seja, da restrição da liberdade. Desse modo, em termos práticos, o problema não é o de optar entre a ordem ou a liberdade absoluta, mas como modificar a ordem social respeitando a liberdade. Segundo Kelsen, tal se dá por meio da via da decisão majoritária.<sup>134</sup> A democracia é, antes de tudo, “una cuestión de procedimiento”.<sup>135</sup> A ideia de democracia não pode ser condicionada pela realização de certos conteúdos predeterminados nas normas, pois isso significaria subtrair tais conteúdos à decisão democrática. Daí que seja uma “corrupção” do termo identificar “democracia” com determinado conteúdo da ordem social.<sup>136</sup> Nem mesmo a ideia de bem comum pode representar esse papel, já que não é possível descrever objetivamente o que ela significa; sua fixação em conteúdos determinados, prévios à lei e dela condicionantes depende sempre de valores subjetivos.<sup>137</sup>

Contudo, a vinculação entre procedimento democrático e conteúdos axiológicos funciona na obra de Kelsen em outro nível: sem o respeito a certos princípios e valores a democracia não poderia operar, dado que perderia sua base e careceria dos elementos que a permitem funcionar com sentido. Se a democracia é um sistema de participação dos cidadãos nas decisões – ou pelo menos na seleção dos governantes –, ela não pode se dar sem uma série de liberdades, tais como as de expressão, de reunião, de opinião etc.<sup>138</sup> Não faz sentido defender a democracia sem propugnar o

---

134 KELSEN, 1988b, p. 239.

135 “Debe considerarse la participación en el gobierno, es decir, en la creación y en la aplicación de las normas generales e individuales del ordenamiento social que constituyen la comunidad, como la característica esencial de la democracia. El que esta participación sea directa o indirecta [...] no afecta a que la democracia sea en todo caso una cuestión de procedimiento, de método específico de creación y aplicación del ordenamiento social que constituye la comunidad; éste es el criterio distintivo de ese sistema político al que se llama propiamente democracia. La democracia no es un contenido específico del ordenamiento social, salvo en la medida en que el *procedimiento* en cuestión es, él mismo, un contenido de este ordenamiento, es decir, un contenido regulado por este ordenamiento” (KELSEN, 1988b, p. 210).

136 KELSEN, 1963, p. 94.

137 KELSEN, 1979c, p. 209.

138 “Si definimos la democracia como un método político por medio del cual el ordenamiento social es creado y aplicado por quienes están sujetos a ese mismo ordenamiento, de forma que esté asegurada la libertad política en el sentido de autodeterminación, entonces la democracia sirve necesariamente, siempre y en todo lugar, al ideal de la libertad política. Y si en nuestra definición incluimos la idea de que el ordenamiento social, creado de la forma indicada, debe, para ser democrático, garantizar algunas libertades intelectuales, como la libertad de conciencia, la libertad de prensa, etc., entonces la democracia necesariamente, siempre y en todo lugar, sirve también al ideal de la libertad intelectual. Si en un caso concreto el ordenamiento social no es creado de la forma indicada por la definición o no contiene garantías de libertad, no se trata de que la democracia no sirva a los ideales. Los ideales no son servidos porque la democracia ha sido abandonada” (KELSEN, 1988b, p. 211).

respeito a esses valores, pois tal equivaleria a uma contradição em termos. “Democracia es discusión”,<sup>139</sup> ressaltava Kelsen, “en una democracia, la voluntad de la comunidad es siempre creada a través de una discusión entre mayoría y minoría y de la libre consideración de los argumentos en pro y en contra de una regulación determinada”. Mas como seria possível uma verdadeira discussão, uma vez ausente a liberdade para o intercâmbio de argumentos e para a formação de opiniões? “Una democracia sin opinión pública es una contradicción en los términos”, e “la opinión pública sólo puede formarse allí donde se encuentran garantizadas las libertades intelectuales, la libertad de palabra, de prensa, y de religión”.<sup>140</sup>

A partir de diversos argumentos conectados ao conceito operativo de democracia, Kelsen acaba por fundamentar a necessidade dos valores conceitualmente implicados em tal regime, oferecendo inclusive uma fundamentação para os direitos humanos tão relativa quanto se queira, mas que ao menos ensina que não existe democracia sem a garantia desses direitos mais básicos. Um desses argumentos é o de que “el principio de mayorías responde aún en otro sentido a la idea de libertad política (no de la libertad natural), pues la mayoría presupone, por concepto, una minoría; y el derecho de aquélla implica la licitud de la existencia de ésta”.<sup>141</sup> Os direitos fundamentais adquirem sentido na democracia se considerados enquanto instrumentos imprescindíveis para a proteção das minorias, algo consubstancial ao conceito de democracia: “El imperio de la mayoría [...] distínguese de todo otro dominio en que no sólo presupone por esencia una oposición – la minoría –, sino que la reconoce políticamente, y la protege en los derechos fundamentales y de libertad, o en el principio de proporcionalidad”.<sup>142</sup>

139 KELSEN, 1988b, p. 243.

140 KELSEN, 1979c, p. 341.

141 KELSEN, 1979c, p. 412. Sobre a proteção das minorias enquanto requisito consubstancial à democracia, cf. KELSEN, 1963, p. 53 e 1985, p. 255. Devemos levar em consideração que a justificativa última que Kelsen oferece para a proteção das minorias é mais funcional do que valorativa. Os valores ligados à proteção das minorias não são absolutos, mas instrumentais, servindo para a manutenção das regras do jogo, desde que se considere que as regras de seleção democrática de dirigentes são as mais aptas e operativas em uma sociedade avançada. Tal se nota, *u.g.*, quando Kelsen assinala que “uma ditadura da maioria sobre a minoria não é possível em longo prazo porque uma minoria condenada à total ausência de influência acabaria renunciando à participação na formação da vontade comum, tendo em vista que tal participação seria não apenas puramente formal, mas também danosa para essa minoria, com o que se privaria a maioria – que até conceitualmente não é possível sem a minoria – de seu caráter” (KELSEN, 1968g, p. 1766). Daí a importância do procedimento contraditório nos debates parlamentares – que funciona como meio de influência das minorias –, bem como a relevância que a ideia de compromisso entre a maioria e a minoria apresenta na democracia.

142 KELSEN, 1979c, p. 473.



Kelsen entende que todos esses princípios e direitos expressam o que comumente se identifica com o liberalismo político, o que pode ser interpretado enquanto uma declaração – relativa e condicionada – das preferências políticas de Kelsen:

Es de la mayor importancia tener en cuenta que la transformación de la idea de libertad natural, como ausencia de gobierno, en la idea de libertad política, como participación en el gobierno, no implica un completo abandono de la primera. Lo que de ella permanece es el principio de una cierta restricción del poder de gobierno que es el principio fundamental del liberalismo político. La democracia moderna no puede separarse del liberalismo político. El principio básico de éste es que el gobierno no debe interferir en ciertas esferas de intereses del individuo, que deben ser protegidos por la ley como derechos o libertades humanas fundamentales. El respeto a estos derechos salvaguarda a las minorías contra el dominio arbitrario de las mayorías.<sup>143</sup>

Essa simpatia de Kelsen pelo liberalismo exige certos esclarecimentos. Em primeiro lugar, tal se mostra enquanto consequência da opção de Kelsen pelo individualismo, o qual, por sua vez, deriva da recusa de qualquer possibilidade de justificação racional da existência de realidades supra individuais e do papel que a liberdade individual desempenha em sua doutrina. Kelsen faz uma interpretação do liberalismo que se encaixa em seus postulados fundamentadores do direito entendido como instituição a serviço da liberdade. Ele aduz que, à diferença do anarquismo,<sup>144</sup> já que para o liberalismo

la coacción estatal es inevitable (considerada como vinculación jurídica), la libertad no puede consistir más que en la autovinculación, en la autodeterminación de quienes han de ser jurídi-

---

143 KELSEN, 1988b, p. 243.

144 Poderia se pensar que o anarquismo é a postura que melhor se adequa à importância que Kelsen concede à liberdade e ao indivíduo. O dado crucial que o leva a se inclinar em favor do liberalismo e a rechaçar o anarquismo político é sua concepção da natureza humana. O anarquismo pressupõe um ser humano bom por natureza e não egoísta. Assim, se os indivíduos vivessem sem coação, da bondade natural surgiria uma convivência espontaneamente justa e respeitosa. Por seu turno, o liberalismo assenta-se sobre a necessidade da coação – ainda que mínima –, dado que não compartilha de tal visão idílica do humano. Cf. KELSEN, 1979c, pp. 40-41.

camente determinados, y el orden jurídico estatal habrá de ser producido por aquellos mismos para los cuales pretende validez obligatoria; luego el liberalismo exige autolegislação, autoadministração, en una palabra; una forma democrática del Estado.<sup>145</sup>

Em segundo lugar, Kelsen separa nitidamente liberalismo político e liberalismo econômico ao assinalar que “la democracia coincide con el liberalismo político, aun cuando no coincida necesariamente con el económico”.<sup>146</sup> E quando rechaça os regimes de tradição marxista, não o faz por oposição aos seus modelos de organização social, mas em razão da incompatibilidade que vê entre democracia e princípios organizativos como os da ditadura do proletariado. Todavia, Kelsen não vê com maus olhos a evolução que, partindo do Estado mínimo originalmente proposto pelo liberalismo, desemboca em estruturas que hoje chamamos de social-democratas e que ele apelidava de “socialismo de cátedra”, as quais buscariam a realização de objetivos de justiça e de bem-estar sociais sem abjurar da democracia.<sup>147</sup>

---

145 KELSEN, 1979c, p. 41.

146 KELSEN, 1988a, p. 341.

147 É de sumo interesse e de plena atualidade a polêmica que Kelsen manteve com Hayek em 1955. Cf. KELSEN, 1967b, especialmente p. 176 *et seq.* Hayek defendia a total incompatibilidade entre democracia e socialismo. Kelsen perguntava-se se tal compatibilidade seria possível ou não. Em primeiro lugar, afirmava que as liberdades positivas ou políticas – liberdades de participação dos governados no governo – são plenamente compatíveis com o socialismo. A dúvida é se também o são outras liberdades essenciais à democracia, quais sejam, as negativas, consistentes na isenção de coação e na garantia de certos direitos humanos básicos. A pergunta provém do fato de que o socialismo, graças a seu componente de planificação econômica e de centralização, seria incompatível com a liberdade econômica. Pois bem, Kelsen argumenta habilmente e diz que a liberdade econômica não pode ser considerada a chave para a existência da democracia, pois do contrário haveria que se concluir que já não existe democracia no século XX, tendo em vista que mesmo nos países capitalistas se impõem cada vez mais regulamentações jurídicas a aspectos da vida econômica: “O essencial para a democracia – afirma Kelsen – não é a liberdade econômica, mas sim a liberdade espiritual: a liberdade de exercício religioso, a liberdade científica e a liberdade de imprensa” (KELSEN, 1967b, p. 177). Dessa maneira, a questão crucial é se tais liberdades são ou não possíveis no socialismo. Kelsen faz uso de um argumento sumamente perspicaz, sustentando que a afirmação de Hayek, no sentido de que tais liberdades e a democracia só são possíveis em certo regime econômico – o capitalista – e nunca no socialismo, revelam um determinismo econômico muito próximo ao do marxismo, lançando mão do mesmo esquema de estrutura econômica e superestrutura político-jurídica característica dessa corrente. Ao contrário, Kelsen crê que não há motivos para identificar coletivismo e totalitarismo. Ele admite que em uma economia centralizada a satisfação das necessidades não é livre, dependendo dos fins e das decisões da autoridade. Mas ele também se pergunta se é possível sustentar que tal satisfação é livre nas sociedades capitalistas, reconhecendo que nelas exercem menos liberdades e satisfazem menos necessidades aqueles que não detêm meios econômicos abundantes, diferentemente do que ocorre com quem os possui. A conclusão a que chega Kelsen é que, não importa o que diga a experiência histórica, nenhum argumento teórico pode confirmar a incompatibilidade entre economia socialista e democracia com suas liberdades positivas e negativas. Kelsen também se dá ao trabalho de desacreditar as sucessivas tentativas de demonstrar que o direito de propriedade privada é essencial à democracia, dado que não haveria democracia onde vigorasse a propriedade coletiva ou centralizada (KELSEN, 1967b, p. 186 *et seq.*). Kelsen conclui de modo geral que “a democracia, enquanto sistema político, não está necessariamente ligada a determinado sistema econômico” (KELSEN, 1967b, p. 201).

Kelsen é favorável a uma evolução do liberalismo compatível com um papel crescente do Estado sempre que tal não signifique sua absolutização a serviço de fins que não sejam os do bem-estar e da liberdade social. Ele repele o que chama de liberalismo levado às últimas consequências individualistas,<sup>148</sup> o qual geraria a anarquia e a restrição máxima ou total das funções do Estado e do direito. Negar o Estado e o direito em nome de uma liberdade irrestrita significa aceitar o direito dos fortes sobre os fracos.<sup>149</sup>

#### 4. CONCLUSÃO

Só podemos terminar como começamos: perguntando-nos como é possível que tantos hajam atribuído a Kelsen a visão do juiz como aplicador automático e irresponsável das normas jurídicas, a confusão entre obrigação política e obrigação moral e até a responsabilidade pelas transgressões do nazismo como consequência de sua escassa simpatia pela democracia. Para além das exculpantes astúcias de antigos nazistas, de autoritários de toda ordem e de tantos que mancharam suas mãos com sangue e abuso, a contestação impõe-se com inegável evidência: Kelsen foi um grande desmistificador de ideologias opressoras e de estratégias de dominação e, como tal, foi depreciado e vilipendiado durante um século – o XX – que não por acaso foi o século dos grandes mitos políticos e das ideologias que trasladaram o pensamento religioso para esquemas próprios do poder secular. Contudo, parece-nos cômica a obsessão de tantos professores que tentam projetar sobre Kelsen culpas que não são suas, mas deles próprios. Talvez porque, como diz um ditado espanhol, crê o ladrão que todos são de sua própria condição.

---

148 “Se levado às suas últimas consequências, o individualismo conduz ao niilismo ético e ao anarquismo político” (KELSEN, 1968h, pp. 1506-1507).

149 “Não é o direito dos fortes sobre os fracos a moral dos senhores de Nietzsche e, traduzido para o campo econômico e político, a consequência ou o ideal do liberalismo?” (KELSEN, 1968h, p. 1508).

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A Defense of Radbruch's Formula. In: DYZENHAUS, David (org.). *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*. Oxford: Hart, 1999.

\_\_\_\_\_. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los sentinelas del Muro de Berlín. In: *Doxa*, 23, 2000.

AMADO, Juan Antonio García. *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

AMSELEK, Paul Kelsen et les contradictions du positivisme juridique. In: *Revue Internationale de Philosophie*, 138 (Kelsen et le positivisme juridique), 1981.

ANGERMUND, Ralph. *Deutsche Richterschaft 1919-1945*. Frankfurt M.: Fischer, 1990.

BADURA, Peter. Die Dogmatik des Staatsrechts vom Bismarckreich zur Bundesrepublik. In: *Entstehen und Wandel verfassungsrechtlichen Denkens*, n. 11. Berlín: Duncker & Humblot, 1996.

BARATTA, Alessandro. Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus. Gedanken zu einer "naturrechtlichen" Apologie des Rechtspositivismus. In: *ARSP*, 54, 1968.

BARCELLONA, P. A proposito del principio democratico e della teoria pura del diritto. In: MONTANARI, B. (org.). *Stato di diritto e trasformazione della politica*. Turín: Giappichelli, 1992.

BOBBIO, Norberto. La teoría pura del derecho y sus críticos. Trad. M. Cerda. In: *Revista de Ciencias Sociales*, número monográfico (*Hans Kelsen (1881-1973)*). Valparaíso: Universidad de Chile, 1974.

DREIER, Horst. *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*. Baden-Baden: Nomos, 1986.

ENGLARD, Izhak. Nazi Criticism Against the Normativist Theory of Hans Kelsen: Its Intellectual Basis and Post-Modern Tendencies. In: *Israel Law Review*, 183, 1998.

FIEDLER, Wilfried. Die Kontinuität des deutschen Staatswesens im Jahre 1990. In: *Archiv für Völkerrecht*, 31, 1993.

FIORAVANTI, Maurizio. *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*. Milano: Giuffrè, 1979.

FRIEDRICH, Manfred. *Geschichte der deutschen Staatswissenschaft*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

FROMMEL, Monika. Die Kritik am "Richtigen Recht" durch Gustav Radbruch und Hermann Ulrich Kantorowicz. In: PHILLIPS, L., SCHOLLER, H. (org.). *Jenseits des Funktionalismus: Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*. Heidelberg: Decker & Müller, 1989.

\_\_\_\_\_. Die Mauerschützenprozesse -eine unerwartete Aktualität der Radbruch'schen Formel. In: HAFT, F. et al (org.), *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C.F. Müller, 1993.

HASSEMER, Winfried. Einführung. In: RADBRUCH, Gustav. *Gesamtausgabe. Band 3. Rechtsphilosophie III*. Heidelberg: C.F. Müller, 1990.

HERBE, Daniel. *Hermann Weinkauff: (1894 - 1981): der erste Präsident des Bundesgerichtshofs*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

KAUFMANN, Arthur. *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*. München/Zürich: Piper, 1987.

KELSEN, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. 2. ed. Aalen: Scientia, 1928.

\_\_\_\_\_. *La teoría pura del Derecho: Introducción a la problemática científica del Derecho*. Trad. Jorge G. Tejerina. 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1946.

\_\_\_\_\_. The Legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin. In: *American Journal of International Law*, 39, 1945.

\_\_\_\_\_. *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?*. In: *The International Law Quarterly*, 2, 1947.

\_\_\_\_\_. *The Communist Theory of Law*. Londres: Stevens & Sons, 1955.

- \_\_\_\_\_. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Aalen: Scientia, 1963.
- \_\_\_\_\_. Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung. In: KELSEN, H. *Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze*. Wien: Verlag der Wiener Volksbuchhandlung, 1967a.
- \_\_\_\_\_. Demokratie und Sozialismus. In: KELSEN, H. *Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze*. Wien: Verlag der Wiener Volksbuchhandlung, 1967b.
- \_\_\_\_\_. Wer soll der Hüter der Verfassung sein?. In: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag, 1968a.
- \_\_\_\_\_. Naturrecht und positives Recht. In: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag, 1968b.
- \_\_\_\_\_. Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. In: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag, 1968c.
- \_\_\_\_\_. Die Idee des Naturrechtes. In: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag, 1968d.
- \_\_\_\_\_. Naturrechtslehre und Rechtspositivismus. In: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag, 1968e.
- \_\_\_\_\_. Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft. In: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag, 1968f.
- \_\_\_\_\_. Demokratie. In: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag, 1968g.
- \_\_\_\_\_. Politische Weltanschauung und Erziehung. In: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag, 1968h.
- \_\_\_\_\_. *Teoría pura del Derecho*. Trad. R. Vernengo. México, UNAM, 1979a.
- \_\_\_\_\_. *Compendio de teoría general del Estado*. Trad. Recaséns Siches e J. de Azcárate Flórez. 3. ed. Barcelona: Blume, 1979b.
- \_\_\_\_\_. *Teoría General del Estado*. Trad. L. Legaz Lacambra. 15. ed. México: Editora Nacional, 1979c.

\_\_\_\_\_. *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*. Trad. Rolf Behrman. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1985.

\_\_\_\_\_. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. Trad. W. Roces. México: Porrúa, 1987.

\_\_\_\_\_. *Teoría general del Derecho y del Estado*. Trad. E. García Maynez. 15. ed. México: UNAM, 1988a.

\_\_\_\_\_. Los fundamentos de la democracia. Trad. Juan Ruiz Manero. In: *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate, 1988b.

\_\_\_\_\_. *La pace attraverso il diritto*. Torino: Giappichelli, 1990.

\_\_\_\_\_. ¿Qué es justicia?. In: KELSEN, Hans. *¿Que es justicia?*. Barcelona: Ariel, 1991a.

\_\_\_\_\_. Los juicios de valor en la ciencia del Derecho. In: KELSEN, Hans. *¿Qué es justicia?*. Barcelona: Ariel, 1991b.

\_\_\_\_\_. El Derecho como técnica social específica. In: KELSEN, H. *¿Qué es justicia?*. Barcelona: Ariel, 1991c.

\_\_\_\_\_. Ciencia y política. In: KELSEN, H. *¿Qué es justicia?*. Barcelona: Ariel, 1991d

\_\_\_\_\_. ¿Por qué obedecer al Derecho?. In: KELSEN, H. *¿Qué es justicia?*. Barcelona: Ariel, 1991e.

\_\_\_\_\_. *Esencia y valor de la democracia*. Trad. R. Luengo e Luis Legaz Lacambra, s./d..

KERSTEN, Jens. *Georg Jellinek und die klassische Staatslere*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.

LAGI, Sara. *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920): Los orígenes de “De la esencia y el valor de la democracia”*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2007.

LARENZ, Karl. *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1934.

LESER, Norbert. Wertrelativismus, Grundnorm und Demokratie. In: *Hundert Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit-Fünzig Jahre Verfassungsgerichtshof in Oesterreich*. Frankfurt M., 1968.

MERTENS, Thomas. Nazism, Legal Positivism and Radbruch's Thesis on Statutory Injustice. In: *Law and Critique*, 14, 2003.

MÜLLER, Ingo. *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*. München: Knaur, 1989.

\_\_\_\_\_. Gesetzliches Recht und übergestzliches Unrecht. In: *Leviathan*, 7, 1979.

NEUMANN, Ulfrid.. Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945. In: SIMON, Dieter. (ed.). *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*. Frankfurt M.: Suhrkamp, 1994.

PASCUA, José Antonio Ramos. *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*. Madrid: Tecnos, 1989.

PAULSON, Stanley L. Lon L. Fuller, Gustav Radbruch and the "Positivist" Theses. In: *Law and Philosophy*, 13, 1994.

PAULY, Walter. Georg Jellineks System der subjektiven öffentlichen Rechte. In: PAULSON, S. L., SCHULTE, M.. (org.). *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.

PINTO, José Delgado. Obligatoriedad del derecho y deber jurídico en el positivismo contemporáneo: el pensamiento de Hans Kelsen. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*, 20, 1978.

RADBRUCH, Gustav. Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes. In: RADBRUCH, G., SCHMIDT, E., WELZEL, H. *Derecho injusto y Derecho nulo*. Madrid: Aguilar, 1971.

\_\_\_\_\_. Der Relativismus in der Rechtsphilosophie. In: RADBRUCH, Gustav. *Gesamtausgabe. Band 3. Rechtsphilosophie III*. Heidelberg: C.F. Müller, 1990.

RADBRUCH, Gustav. Deutsche Justiz-Bilanz. In: RADBRUCH, Gustav. *Gesamtausgabe: Politische Schriften aus der Weimarer Zeit I*. v. 12. Heidelberg, C.F. Müller, 1992.



\_\_\_\_\_. Die Erneuerung des Rechts. In: MAIHOFER, Werner (org.). *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*. 2. ed. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1972.

\_\_\_\_\_. Gestzliches Recht und übergesetzliches Recht. In: RADBRUCH, Gustav. *Gesamtausgabe. Band 3. Rechtsphilosophie III*. Heidelberg: C.F. Müller, 1990.

\_\_\_\_\_. *Rechtsphilosophie*. 8. ed. Stuttgart: K.F. Koehler, 1973.

REQUEJO PAGÉS, J. L.. Nota preliminar. In: Kelsen, Hans. *De la esencia y el valor de la democracia*. Trad. J. L. Requejo Pagés. Oviedo: KRK, 2006.

ROSS, Alf. El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. Trad. G. Carrió e O. Paschero. In: P. Casanovas, J.J. Moreso (org.). *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona: Crítica, s/d.

ROTTLEUTHNER, Hubert. Rechtspositivismus und Nationalsozialismus. Bausteine zu einer Theorie der Rechtsentwicklung. In: *Demokratie und Recht*, 15, 1987.

RÜTHERS, Bernd. *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. 6. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, s/d.

\_\_\_\_\_. *Geschönte Geschichten - Geschonte Biographien. Sozialisationskohorten In Wendeliteraturen. Ein Essay*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

SCHILD, Wolfgang. Die nationalsozialistische Ideologie als Prüfstein des Naturrechtsgedankens. In: *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für Rene Marcic*. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.

SIMON, Dieter. *La independencia del juez*. Trad. C. Ximénez-Carrillo. Barcelona: Ariel, 1985a.

\_\_\_\_\_. Waren die NS-Richter “unabhängige Richter” im Sinne des 1 GVG?. In: *Rechtshistorisches Journal*, 4, 1985b.

STAFF, Ilse. (ed.). *Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation*. Frankfurt M.: Fischer, 1978, pp. 65ss.

STOLLEIS, Michael. Die Idee des souveränen Staates. In: *Entstehen und Wandel verfassungsrechtlichen Denkens*, n. 11. Berlín: Duncker & Humblot, 1996.

TAMMELO, Ilmar. Von der Reinen zu einer reineren Rechtslehre. In: KRAWIETZ, W., SCHELKY, H. (orgs.). *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*. N. 5. Berlín: Duncker & Humblot, 1984.

URBINA, Íñigo Ortiz de. *La excusa del positivismo. La presunta superación del “positivismo” y el “formalismo” por la dogmática penal contemporánea*. Madrid: Civitas, 2007.

VALDÉS, Ernesto Garzón. Derecho natural e ideología. In: VALDÉS, E. G. *Derecho, ética, política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

VALLALLI, Giuliano. *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione del “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*. Milán: Giuffrè, 2001.

VEDEL, Georges. Indéfinissable mais présent. In: *Droits*, 11, s/d.

WAGNER, Francisco Sosa. *Maestros alemanes del Derecho público (II)*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

WALTHER, M. Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im “Dritten Reich” wehrlos gemacht? Zur Analyse und Kritik der Radbruch-These. In: DREIER, R., SELLERT, W. (org.). *Recht und Justiz im “Dritten Reich”* Frankfurt: Suhrkamp, 1989.

WALTHER, Manfred. Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im “Dritten Reich” wehrlos gemacht? In: DREIER, R., SELLERT, W. (org.). *Recht und Justiz im “Dritten Reich”*. Frankfurt M.: Suhrkamp, 1989.

WARD, Ian. *Law, Philosophy and national Socialism. Heidegger, Schmitt and Radbruch in Context*. Bern: Peter Lang, 1992.

WEINKAUFF, Hermann. Das Naturrecht in evangelischer Sicht. In: MAIHOFFER, Werner (ed.). *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*. 2.ed. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1972.

WITTRECK, Fabian. *Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht*. Tübingen: Mohr, 2008.

WOLF, Erik. Das Rechtsideal des nationalsozialistischen Staates. In: *ARSP*, 28, 1934.

ZOLO, Danilo. *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*. Trad. Roger Campione. Madrid: Dykinson, 2005.